

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
POUVOIR JUDICIAIRE

CONSIDÉRÉ DANS SES RAPPORTS
AVEC LES AUTRES POUVOIRS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le vendredi 7 décembre 1917, à 1 h. 1/2 du soir.

PAR

René LINAIS

Attaché au Parquet de la Seine
Avocat à la Cour d'appel
Décoré de la Croix de guerre

Président : M. LARNAUDE, Doyen
Suffragants { MM. BARTHÉLEMY, Professeur
CHAVEGRIN, Professeur

PARIS
JOUBE & C^{ie}, ÉDITEURS
15, RUE RACINE, VI^e

1917

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
POUVOIR JUDICIAIRE

CONSIDÉRÉ DANS SES RAPPORTS

AVEC LES AUTRES POUVOIRS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le vendredi 7 décembre 1917, à 1 h. 1/2 du soir.

PAR

René LINAIS

Attaché au Parquet de la Seine
Avocat à la Cour d'appel
Décoré de la Croix de guerre



Président : M. LARNAUDE, Doyen

Suffragants { *MM. BARTHÉLEMY, Professeur*
CHAVEGRIN, Professeur

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, VI^e

1917

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

BIBLIOGRAPHIE

- Bentham*. — De l'Organisation judiciaire.
Blanc (Louis). — De la Paerie en France.
Bodin (Jean). — Les Trois livres de la République.
Bonneton. — Magistrature.
Benjamin Constant. — Politique constitutionnelle.
Dehesdin. — Thèse de doctorat.
Desjardins (Arthur). — Nouvelle organisation judiciaire.
— Inamovibilité.
Dupont. — Magistrature élective.
Engelhard. — Réforme de la Magistrature.
Esmein. — Droit constitutionnel.
— De la Délégation du Pouvoir législatif.
Faure (Jules). — La Réforme judiciaire.
Fuzier-Hermann. — Séparation des Pouvoirs.
Fourchy. — Observations sur la suspension de l'Inamovibilité.
Le Fédéralist. — Recueil.
Franqueville (de). — Le Système judiciaire de la Grande-Bretagne.
Glasson. — Mélanges ; œuvres diverses.
Gourd (Alphonse). — Condition des magistrats aux Etats-Unis.
Hauriou. — Droit administratif.

Henrion de Pansey. — De l'Autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques.

Helbronner. — Le Pouvoir judiciaire aux Etats-Unis.

Kent. — Commentaires sur les lois américaines.

Larnaude. — Œuvres et notamment :

Cours de Droit Public ;

La Séparation des Pouvoirs et la Justice en France et aux Etats-Unis ;

Le Code civil et la nécessité de sa révision.

Louandre. — Les Origines de la Magistrature française.

Lévy (Jules). — Magistrature.

Malepeyre. — Projets de réforme de la Magistrature.

Martin-Sarzeaud. — Recherches historiques sur l'inamovibilité.

Machiavel. — Le Prince.

Massabiau. — Manuel du ministère public.

Montesquieu. — Esprit des Lois.

Picot (Georges). — Réforme judiciaire.

Prévost-Paradol. — Œuvres politiques.

Proudhon. — Traité du Domaine.

Pradines. — Magistrats et Démocratie.

Saint-Girons. — Séparation des Pouvoirs.

Simon (Jules). — Liberté politique.

Seaman. — Système du Gouvernement américain.

Stahl. — Philosophie du Droit.

Stuart-Mille. — Gouvernement représentatif.

Tarde. — Les Transformations du Pouvoir.

Tocqueville. — L'Ancien Régime et la Révolution.

— La Démocratie en Amérique.

Ussing (traduction Dareste). — Le Contentieux administratif.

Weiss (Edmond). — Election de la Magistrature.

Washington. — Discours d'Adieux de 1796.

LE POUVOIR JUDICIAIRE

CONSIDÉRÉ DANS SES RAPPORTS

AVEC LES AUTRES POUVOIRS

INTRODUCTION

**Importance du Pouvoir judiciaire dans la vie
de société**

Nécessité de son autonomie

Une autorité est la condition indispensable de toute société ; sans un pouvoir qui coordonne les activités individuelles, règle et limite les égoïsmes, l'état de nature réapparaîtrait bientôt — si tant est qu'il ait jadis existé — et la dure réalité de la vie sans « contrat social » se montrant dépouillée des parures idéales que lui donnèrent les philosophes du XVIII^e siècle, nous semblerait sans doute une épouvantable barbarie. La loi, voix de l'autorité, disparaîtrait, mais elle serait remplacée par une

autre, plus brutale, qui ne serait que le caprice du plus fort.

Le Pouvoir social prenant naissance, protège au contraire le droit de chacun, le limite par celui de tous, le garantit et le sanctionne. Alors même qu'une vie de société organisée n'aurait pas existé dès l'origine, l'on peut affirmer qu'une autorité, naissant des nécessités mêmes de la vie, ne tarda guère à s'imposer. Elle naquit du besoin de protection qui se forme dans tout agrégat humain, du fait de la réunion de forts et de faibles. Ces derniers, opprimés par les forts, créèrent en s'unissant une puissance qu'ils ne trouvaient pas en eux-mêmes ; ils substituèrent à la force brutale une force spirituelle, celle de la loi. La première raison d'être de la loi fut la protection des faibles : « Le rêve de l'anarchie est un rêve de forts, ou se croyant tels » (1). L'absence d'une autorité avec son attribut essentiel, la Justice, ne peut être désirée que par des « surhommes », disciples du philosophe Nietzsche, croyant pouvoir se passer de la protection des lois, et ne doutant pas de retrouver en eux-mêmes, la force protectrice que le Pouvoir social cesserait de mettre à leur service.

Cette autorité aussitôt née, commença une longue évolution. D'abord réunie dans les mains d'un seul, — chef militaire le plus souvent, — elle se modifia.

1. Tarde, *les Transformations du Pouvoir*, p. 24.

Analysée par les philosophes et les juristes, ceux-ci isolèrent ses fonctions diverses, puis réclamèrent, d'abord en pure théorie, et parvinrent à faire réaliser en fait, la séparation de ces fonctions, entre plusieurs organes distincts et autonomes. Le grand principe de la Séparation des Pouvoirs, garant des libertés individuelles, était enfin appliqué ! Ce fut un immense progrès. L'arbitraire, qui était jusqu'alors le grand danger du Pouvoir social, diminua ; la liberté des citoyens se trouva mieux assurée. En effet, cette force redoutable qu'était pour l'Individu le Pouvoir réuni en un seul bloc, fut ainsi limitée, du fait qu'elle était divisée en trois branches distinctes. Suivant la parole célèbre de Montesquieu « Le Pouvoir limitait le pouvoir », pour la plus grande sauvegarde de la liberté de chacun. Désormais, la Force sociale ne pouvait plus atteindre l'Individu, que lorsque les trois Pouvoirs séparés seraient intervenus, tour à tour.

L'on distingua le Pouvoir législatif, qui fait la Loi, du Pouvoir exécutif, qui veille à son exécution. Mais cette Loi, qui était générale, il fallait l'appliquer aux cas particuliers, aux espèces nombreuses et diverses : Ce rôle fut confié au Pouvoir judiciaire. Il eut pour mission de découvrir qu'elle loi, parmi toutes les autres, s'appliquait au cas en litige. Il fut ainsi le régulateur des intérêts privés, et le détenteur du droit de punir. Intermédiaire entre la loi et l'In-

dividu, celui-ci eut le droit de ne s'incliner qu'après que le juge aurait prononcé.

C'est dire quelle importance avait ce Pouvoir en regard de l'Individu ; importance telle, qu'elle n'avait pas attendu la réalisation d'une exacte Séparation des Pouvoirs pour se manifester. L'on vit en effet se former, dès l'origine, un Pouvoir qui trancha les contestations nées parmi les membres de la communauté et punit les crimes ; puis, alors que la Séparation des Pouvoirs n'apparaissait péniblement qu'après une longue évolution de la vie de société, le Pouvoir judiciaire se montra beaucoup plus tôt, comme le premier séparé. L'histoire nous fait assister à ce premier essai de Séparation des Pouvoirs tenté au profit du Judiciaire. Sans doute celui-ci fut longtemps, de même que tous les autres Pouvoirs, réuni dans les mains du Chef. Juger est même la fonction la plus importante du Roi. Mais, peu à peu, cette fonction devint distincte : la loi se montrant plus complexe à mesure que la vie elle-même se compliquait, des juristes professionnels furent nécessaires pour l'interpréter et l'appliquer sagement. Ce fut l'origine en France des Parlements, qui, à une époque où le Législatif était encore presque complètement réuni à l'Exécutif dans les mains du Roi, formèrent un véritable Pouvoir, assez indépendant, parce que véritablement séparé pour pouvoir limiter la toute-puissance royale.

Le rôle du Pouvoir judiciaire apparaît donc considérable, dès l'origine de la société ; mais à mesure que l'évolution de celle-ci se poursuit, ce rôle augmente encore. Plus en effet les sociétés se développent, plus les intérêts s'enchevêtrent. A mesure que la vie se fait plus complexe, les droits à protéger deviennent plus nombreux ; les rapports multiples des hommes donnent naissance à des points de friction et à des conflits qui nécessitent l'intervention du juge ; et il en serait encore ainsi, s'il faut en croire M. Pierre Janet, à mesure que le développement de la civilisation rend les tempéraments plus nerveux !

L'on peut donc affirmer que le Pouvoir judiciaire est le pouvoir fondamental de toute société ; c'est lui, en effet, qui fait disparaître les heurts qui, sans son intervention, ne tendraient à rien moins qu'à détruire la vie sociale ; c'est lui aussi qui anime et fait vivre les deux autres pouvoirs. Que serait en effet le Pouvoir législatif, que deviendrait la loi, si elle ne trouvait pas d'organe pour l'appliquer à la diversité des cas individuels, pour faire briller au milieu de son obscurité et de son vague, un peu de lumière. Elle resterait lettre morte. Et qu'aurait à exécuter le Pouvoir exécutif, s'il ne se trouvait pas muni auparavant d'un titre d'exécution fourni par le Pouvoir judiciaire, ou bien si l'incertitude sur le droit ou le crime continuait à subsister ?

Le Pouvoir judiciaire est le soutien de la paix intérieure : en assurant à chacun le triomphe de son bon droit, ou bien en obligeant chacun à réparer son tort, il fait renaître l'harmonie détruite ; le faible et l'opprimé deviennent, avec son aide, les forts, et ce rétablissement a lieu par la seule autorité d'un jugement. Le Pouvoir judiciaire apparaît alors comme le dernier perfectionnement de l'idée de société, puisqu'il fait disparaître la vengeance privée arbitraire et impulsive, aussi dangereuse pour la paix sociale, que le crime lui-même, et la remplace par une obligation ou une peine proportionnée à la faute. Le règne de la légalité remplace ainsi celui de la force brutale ; l'une troublait l'ordre social, l'autre l'assure.

Tant qu'il n'est en présence que d'intérêts particuliers en conflit, le Pouvoir judiciaire se contente de faire disparaître cette opposition, en proclamant où est le Droit. Mais l'ordre public est-il intéressé, il intervient alors d'une façon plus impérieuse ; il punit ; il peut même ordonner la privation de la vie du coupable. Il épure ainsi la société et tient la place de l'organe qui, dans tout corps qui veut vivre, élimine les agents dangereux pour sa conservation. Il en retranche, momentanément ou pour toujours, ceux qui ont commis des actes violateurs du Droit. Le Pouvoir judiciaire est donc l'autorité tutélaire qui donne à chacun la certitude de sa sûreté. Il est le protecteur des droits individuels les plus sacrés : de la

vie, de la liberté, de l'honneur et de l'état de l'Individu. Il veille à la sauvegarde du droit de propriété, et c'est ce qui l'a fait accuser de préserver un ordre social néfaste et immoral, basé sur l'exploitation du travail par le capital. Accusation injuste, puisque le rôle du Pouvoir judiciaire se borne à appliquer la loi, expression de la volonté générale, qui reconnaît le droit de propriété. Celui-ci, il se borne à le faire respecter, suivant les modalités mêmes de la loi, avec fermeté d'ailleurs, sachant que dans notre société actuelle, l'effort de toute activité s'arrêterait, sans le stimulant et la récompense qu'est la propriété.

Mais à côté de ce rôle primordial, un autre, plus caché et plus délicat, appartient aussi au Pouvoir judiciaire ; il est en quelque sorte l'éducateur de la morale publique ; c'est lui qui flétrit les actions malhonnêtes ; bien plus, il doit porter parfois un jugement sur des points de morale discutés. C'est ainsi qu'à la suite de la guerre actuelle, il devra donner la solution de problèmes intimes, nés du malheur de notre invasion : la fille, devenue mère contre son gré du fait d'un soldat ennemi, aura-t-elle le droit d'empêcher l'enfant de naître ? L'avortement qui est un crime ne trouvera-t-il pas une excuse dans les circonstances qui l'auront amené ? — Les magistrats auront à répondre. Leur réponse ne serait sans doute pas douteuse : ils proclameraient le droit à la vie

d'un enfant, qui tout bien considéré, est formé de la substance même de la mère ; ils puniraient sévèrement un meurtre, qui attente au droit de tout être humain à la vie, quel que soit le hasard de sa naissance. Là est la droite raison. Mais le jury des Cours d'Assises interviendra et sa sentimentalité cruelle, égarée, à la voix d'un avocat habile, demandera peut-être une autre solution. Quelle que soit celle-ci, le Pouvoir judiciaire sera, dans ce cas, pris comme exemple, l'arbitre. Sa décision n'intéressera pas seulement l'individu et la morale privée, mais la société tout entière.

Tout à côté du Pouvoir législatif, le Pouvoir judiciaire a une mission très importante ; il fait disparaître les obscurités et les lacunes, parfois nombreuses des lois. Les magistrats expliquent et suppléent. Leur rôle est alors immense. Le Pouvoir législatif, lorsqu'il donne naissance à la loi, ne peut que fixer des règles générales ; c'est au Pouvoir judiciaire qu'il appartient d'adapter celles-ci aux espèces particulières. Le discours préliminaire, sur le projet de Code civil, montre que les rédacteurs de notre législation, comprenaient bien ainsi la mission du juge : « Un Code, y est-il dit, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au con-

traire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours, et ce mouvement qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

« L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir les principes féconds en conséquences et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est aux magistrats, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application (1). » Ce qui fait que le peuple, ignorant des mécanismes constitutionnels, confond parfois le magistrat et la loi, et les recouvre l'un et l'autre du même prestige. Le magistrat n'est pour lui que la loi même, qui parle et qui s'exprime. Aussi, un auteur du début du XIX^e siècle, Henrion de Pansey (2) affirme-t-il « que le respect d'une nation pour ses magistrats, est le plus sûr garant de son obéissance et du maintien de l'ordre public ». « Combien de séditions, ajoute-t-il, ont été prévenues ou étouffées, par le seul ascendant

1. Projet du Code civil, présenté par la Commission nommée par le gouvernement. *Discours préliminaires*, p. 10 et 11.

2. *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*.

des magistrats ». Et il s'en va chercher un exemple jusque dans l'histoire romaine : « Après s'être livré aux plus violentes diatribes contre les plébéiens, Coriolan sortait du Sénat. Le peuple se précipitait sur lui. Les patriciens s'avançaient pour le défendre. Encore un instant et le sang coulait. Un tribun s'écrie : « Vous voulez le punir et il n'est pas jugé ! » A ces paroles, les armes tombent, la guerre civile est évitée, et Rome doit son salut aux forces judiciaires ».

« Cette fonction d'exprimer au milieu des hommes, les oracles du droit éternel, constitue un véritable sacerdoce ; elle a, elle doit avoir un caractère religieux. Les hommes ne pourront jamais l'entourer d'assez de respect (1) ». Cette parole de Jules Simon prend toute son importance, lorsque l'on considère combien un Pouvoir judiciaire indépendant et digne, peut préserver grandement l'Individu contre le Pouvoir le plus absolu. Par le fait même qu'une Justice indépendante existe, elle tempère et corrige l'arbitraire. Si elle n'est déléguée qu'à des mandataires dont l'aptitude et l'indépendance sont véritables ; si le choix des magistrats et la durée de leurs fonctions ne dépendent point du bon plaisir, mais au contraire, si leur nomination et leur révocation obéissent à des règles fixes ; s'il n'y a, de plus, ni commission ni

1. Jules Simon, *Liberté politique*, p. 186.

évocation, quelque mauvais que soit par ailleurs le gouvernement, on le supportera, souvent même il n'effrayera personne, car la liberté et l'honneur des citoyens, leur vie et leur fortune continueront à rester inviolables, sous la garde du Pouvoir judiciaire. C'est ainsi que, sous l'ancienne Monarchie absolutiste, quelque imparfaite que fût alors l'organisation judiciaire, et quelques fautes qu'aient commises les Parlements, ils furent souvent, pour le plus grand bien de tous, la seule limite à la toute-puissance du Roi, limite aussi utile d'ailleurs, au Roi, qu'à ses sujets. Machiavel (1) dans son livre *le Prince*, voit en effet, dans la création des Parlements, une véritable habileté : « En présence, dit-il, de l'insolence et de l'ambition des grands, des excès auxquels le peuple peut se porter contre eux, le Parlement reçut la mission de concilier les uns et les autres, en dehors du Roi, qui n'aurait pu prendre parti pour le peuple, sans mécontenter les grands ; ni favoriser les grands, sans s'attirer la haine du peuple ». Et, montrant comment fonctionnait ce Pouvoir judiciaire, Machiavel conclut : « Il faut convenir que rien n'était plus propre à donner de la consistance à un gouvernement et à assurer la tranquillité publique ».

Un Pouvoir judiciaire bien organisé est donc un appoint considérable pour la paix sociale, mais la

1. Machiavel, *le Prince*.

réci-proque est vraie ; la Justice a une telle répercussion sur la vie de la société que les vices de l'organisation judiciaire ne tardent point à produire des désordres nombreux. Machiavel que nous nous plaisons, à citer de nouveau, n'hésite pas à attribuer les maux de Florence, sa patrie, « à la faiblesse de son tribunal, en présence des citoyens ambitieux et des coupables puissants ». (1)

Si bien que l'on peut conclure, que mieux sera rendue la justice, davantage la nation sera préservée des heurts qui troubleraient l'harmonie sociale. « La supériorité sociale d'une nation peut exactement s'apprécier par la valeur de l'autorité judiciaire. La justice est l'opposé de la force violente et illégitime et comme le progrès consiste dans l'élimination graduelle de la force, la justice est le but de toute société... ; elle intervient le plus activement et de la manière la plus apparente pour corriger les abus de la force » (2). Le besoin essentiel de l'homme est la liberté ; le plus grand obstacle à celle-ci se trouve dans la force ; or, à la voix d'un Pouvoir judiciaire bien organisé, cette force ennemie se transforme, s'épure et se fait accepter sous le nom de droit, lequel n'est pourtant, en réalité, que la force sociale organisée.

1. Machiavel, *le Prince*.

2. Saint-Girons, *Séparation des Pouvoirs*, p. 411.

L'Autorité judiciaire, n'a-t-elle plus au contraire, la confiance de la société ; ne remplit-elle pas dignement sa mission ? elle ne tardera pas à entraîner dans sa ruine l'organisation politique tout entière. Ce n'est pas pour rien, qu'à l'origine des sociétés, les chefs d'Etat portèrent souvent le nom de « Juges » ; le peuple a continué à confondre l'Autorité et la Justice, et il se venge sur la première des fautes de la seconde. Macaulay, un des historiens les plus réalistes, a noté que les iniquités judiciaires de Jeffreys ont puissamment contribué à détacher le peuple anglais de la dynastie des Stuarts.

Par ces quelques aperçus, nous avons montré l'importance du Pouvoir judiciaire ; c'est de cette importance elle-même que dérive la nécessité de le reconnaître comme un Pouvoir distinct. La raison d'être de la Séparation des Pouvoirs se trouve dans une protection plus parfaite des droits individuels. Ce principe nécessaire de liberté fut inscrit dans les déclarations de la Révolution, comme le meilleur rempart contre le retour de l'absolutisme : « Toute société, dans laquelle la Séparation des Pouvoirs n'est pas déterminée, n'a pas de Constitution » affirme l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme. Or, dès l'instant que l'on proclame nécessaire la Séparation des Pouvoirs, pour sauvegarder la liberté des citoyens, n'est-il pas évident qu'il faut surtout appliquer cette Séparation au Pouvoir judi-

ciaire, à celui, qui parmi les autres Pouvoirs, a justement la mission d'assurer la sauvegarde des droits individuels les plus chers. Cette autorité, qui sera peut-être appelée à s'élever, comme une digue, contre l'arbitraire de l'Etat, on ne peut logiquement la réunir à un autre Pouvoir, contre lequel elle devra défendre l'individu

De Tocqueville fait remarquer que « l'objet de la Justice est de substituer, dans les démocraties, comme ailleurs, l'idée du droit à l'instinct de la violence et de placer des intermédiaires entre le gouvernement et l'emploi de la force matérielle, pour trancher les différends entre les citoyens » (1). Or, quelle garantie d'être fidèle à sa mission donnerait cet « intermédiaire », s'il n'était pas séparé du gouvernement, c'est-à-dire, si le Pouvoir judiciaire n'était pas un Pouvoir distinct, indépendant et autonome ?

Cependant certains auteurs ne voient dans le Pouvoir judiciaire qu'un prolongement du Pouvoir exécutif. La Séparation des Pouvoirs se bornerait pour eux à ses plus strictes limites ; il n'y aurait dans l'Etat que le Pouvoir qui fait la loi, et celui qui la fait exécuter : le Pouvoir législatif et le Pouvoir exécutif. Le Pouvoir judiciaire ne serait plus alors qu'une simple dépendance de l'Exécutif. C'est là, semble-t-il au premier abord, une discussion d'une importance

1. Tocqueville, *Démocratie*, t. I, p. 233.

capitale, puisqu'elle met en jeu l'indépendance du Pouvoir judiciaire, et tendrait, dans l'une des opinions qui n'admet que deux Pouvoirs, à ne faire des magistrats que des fonctionnaires, dépendant de l'Exécutif. Cela est seulement vrai en théorie, car dans la pratique, partisans de deux Pouvoirs ou partisans fidèles à la tradition libérale de Montesquieu des trois Pouvoirs, s'accordent tous pour proclamer la nécessité de l'indépendance des magistrats. Bien plus, ce besoin apparaît si indiscutable, que parmi les nombreux projets de réforme de notre organisation judiciaire, où s'est exercée, pendant ces cinquante dernières années l'ingéniosité d'un grand nombre de publicistes, il n'en est guère qui ne trouvent leur point de départ dans la nécessité d'assurer à la magistrature une plus complète indépendance. Tous sont d'accord pour proclamer que, dans un pays libre, l'impartialité du juge, est le premier besoin des citoyens, et que cette impartialité ne peut être assurée que par l'indépendance du Pouvoir judiciaire. Mais il importe cependant à notre avis d'accorder de l'importance à cette discussion, car une erreur de principe entraîne presque toujours dans la pratique, des conséquences dangereuses. Admettre en théorie l'existence de deux Pouvoirs seulement, c'est préparer pour l'avenir des rapports de subordination plus étroits entre le Pouvoir judiciaire et les deux autres Pouvoirs, rapports qui, comme

nous le montrerons au cours de cette étude et de l'avis de tous les politiques libéraux, sont déjà trop nombreux.

En dehors de ces considérations, il nous semble d'ailleurs que le Pouvoir judiciaire fait bien figure de Pouvoir séparé : il possède en effet, une mission qui lui est propre : celle d'appliquer la loi aux cas particuliers qui lui sont soumis. L'entrée en mouvement de l'Exécutif suppose qu'il n'y a plus de contestations, que celle-ci a été tranchée par le Pouvoir judiciaire, qui délivre alors, une sorte de laisser-passer au glaive exécutif. Et cette distinction du Pouvoir judiciaire et du Pouvoir exécutif doit être particulièrement maintenue, à notre époque, où le rôle de l'Etat devient chaque jour plus important ; de plus en plus, les contestations que devra trancher le Pouvoir judiciaire ne s'élèveront pas seulement entre citoyens, mais parfois aussi, entre le citoyen et l'Etat, entre l'Etat qui veut appliquer rigoureusement un décret ou une loi, et le citoyen qui résiste, parce qu'il y a doute sur la loi ou le décret. La nécessité de reconnaître le Pouvoir judiciaire, Pouvoir distinct, apparaît alors d'elle-même. Si la justice n'était qu'une branche de l'Exécutif, dans ces contestations, l'Etat serait juge et partie. Le Pouvoir judiciaire est donc, à notre avis, un Pouvoir distinct, gardien et protecteur des droits des citoyens.

« Le chef-d'œuvre de la législation est de bien

placer la puissance de juger ; mais elle ne pourrait l'être plus mal que dans les mains de celui qui aurait déjà la puissance exécutive (1). »

Si l'existence du Pouvoir judiciaire, comme pouvoir séparé, s'impose lorsque l'on considère les conséquences, utiles à la liberté de l'individu, que cette séparation fait naître, cette conclusion nous semble résulter aussi de la comparaison du Pouvoir judiciaire avec les autres Pouvoirs. Le Pouvoir judiciaire n'a pas, en effet, comme les autres Pouvoirs, l'initiative : il est inerte ; pour agir, il a besoin d'être mis en mouvement ; alors que les actes législatifs ou exécutifs prennent naissance par l'initiative propre de chacun de ces pouvoirs, le Judiciaire a besoin d'être saisi ; les sentences qu'il rend ne le sont qu'à la demande des parties. De plus alors que la loi, le décret ou l'ordonnance, actes propres du Pouvoir législatif ou exécutif, sont des dispositions générales, s'appliquant à tous les citoyens d'un même pays, les jugements, actes propres du Pouvoir judiciaire, sont essentiellement relatifs : leurs effets se restreignent aux parties en cause et au litige à l'occasion duquel ils sont intervenus, si bien que d'autres contestations semblables

1. Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XI, chap. II.

pourront s'élever encore, pourvu que ce soit entre parties différentes (1).

Le Pouvoir judiciaire n'a donc ni la « généralité », ni l'« initiative » des deux autres Pouvoirs. De plus, alors que ceux-ci règlent surtout l'avenir — les lois n'étant pas rétroactives — le Pouvoir judiciaire ne juge que sur des contestations qui se sont élevées dans le passé.

Et ce ne sont là que les différences les plus essentielles ; il en est d'autres que nous allons énumérer brièvement, et qui montrent bien une différence de nature entre ces pouvoirs : le jugement passé en force de chose jugée est irrévocable ; la loi, au contraire, peut toujours être abrogée et l'acte administratif rapporté ; le législateur et l'administrateur doivent grandement considérer l'utilité et l'opportunité de leurs actes ; le juge ne doit se préoccuper que de faire régner la justice telle qu'elle résulte de la loi. Il doit aussi motiver ses décisions, alors qu'un simple exposé des motifs — nullement obligatoire d'ailleurs — précèdera les actes administratifs et législatifs.

Ainsi donc, une différence essentielle de nature, aussi bien que l'importance de sa mission, oblige à reconnaître le Pouvoir judiciaire comme pouvoir

1. Article 5 du Code civil et 127 du Code pénal et 1351 du Code civil.

distinct. Cela ne veut point dire que tout lien sera brisé entre la justice et les autres forces sociales. Ce serait une absurdité. Une complète séparation des Pouvoirs est, en effet, irréalisable, car la Force sociale, source de tous les autres pouvoirs, est une, et sous peine de se détruire elle-même, elle ne peut se diviser en Pouvoirs qui s'opposent. Ce principe de la séparation, interprété sagement, n'admet point la subordination d'un pouvoir à un autre, mais reconnaît une collaboration nécessaire de tous les pouvoirs de l'Etat. C'est cette vérité que montrait Washington lorsqu'il disait : « La séparation complète dissoudrait l'unité, et romprait le corps social. Les membres du corps physique, quoique distincts, sont liés entre eux. L'Etat, de même, exige division et liaison des Pouvoirs ; Il ne comporte pas leur séparation. Aussi, faut-il, à la fois, unité de la Souveraineté et division des organes, d'après les fonctions, division relative, non séparation absolue (1). »

Ayant donc montré la nécessité d'une exacte Séparation des pouvoirs, appliquée au Judiciaire, nécessité affirmée d'abord par Montesquieu dans un grand nombre de passages de *l'Esprit des lois*, notamment dans le chapitre VI du livre IX où il écrit : « Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et exé-

1. Washington, Discours d'adieux de 1796

cutrice » ; puis proclamée solennellement par la Révolution dans l'article 16 de la Déclaration des Droits de 1789, nous étudierons ce qu'est devenue dans la pratique cette règle de liberté, ce principe qui permet au Pouvoir judiciaire de remplir sans entrave son importante mission. Quelle est donc dans la réalité de notre Droit public actuel, la situation du Pouvoir judiciaire ? est-ce bien une situation d'indépendance, conforme à une véritable Séparation des Pouvoirs, ou bien, ne se trouve-t-il pas, vis-à-vis des autres Pouvoirs, dans un état de subordination, qui fait disparaître son autonomie, soit partiellement, soit complètement, au point que l'on puisse dire, qu'en fait, le Pouvoir judiciaire n'est qu'une dépendance des autres pouvoirs ? C'est ce que nous nous proposons d'examiner.

Nous étudierons d'abord l'influence de l'Exécutif, influence qui se manifeste par la prérogative que celui-ci s'est attribuée, de présider au recrutement et à l'avancement du personnel judiciaire.

Nous verrons ensuite que vis-à-vis du Législatif, le Pouvoir judiciaire ne se comporte pas en pouvoir autonome puisqu'il abandonne au profit de celui-ci une partie de ses attributions naturelles, en s'interdisant d'examiner la constitutionnalité de la loi, c'est-à-dire de veiller à l'application de la loi par excellence, de la Constitution.

Nous aurons ainsi étudié les principales questions

que font naître les rapports du Pouvoir judiciaire avec les autres Pouvoirs. D'autres, à notre avis moins importantes, sollicitaient notre attention ; mais nous les avons laissées de côté, préférant limiter notre étude, pour l'approfondir davantage. Aussi ne traiterons-nous ici, sous la rubrique des rapports du Pouvoir judiciaire avec le Pouvoir exécutif, que de la nomination et de l'avancement des magistrats, et sous la rubrique des rapports du Pouvoir judiciaire avec le Pouvoir législatif, que de la question de la « constitutionnalité », tous aspects où le Pouvoir judiciaire apparaît dans un état de subordination vis-à-vis des autres Pouvoirs.

Nous concluons cependant, en montrant que « l'inamovibilité », donne au Pouvoir judiciaire, figure de Pouvoir distinct, figure et caractère qu'accentue encore son rôle important, dans l'évolution du Droit.

CHAPITRE PREMIER

Influence du Pouvoir exécutif sur le Pouvoir judiciaire :

1. — La Nomination des magistrats.

Ayant montré la place importante qu'occupe le Pouvoir judiciaire dans la vie sociale, nous allons maintenant le considérer moins superficiellement, entrer pour ainsi dire dans sa structure intime : l'analyse suivra la synthèse. Et l'occasion de cette analyse sera l'examen des rapports du Pouvoir judiciaire avec les autres Pouvoirs : les traits marquants de notre organisation judiciaire nous apparaîtront ainsi. Mis en leur présence, nous nous laisserons aller au jeu naturel de tout esprit raisonnable : nous les apprécierons ; après avoir cherché ce qui est, nous chercherons à découvrir ce qui devrait être, les réformes qui interviendraient sagement pour que notre Organisation de la Justice réponde, le plus

parfaitement possible, à l'importante mission que lui a confiée la société.

Ce qui caractérise en France les rapports du Pouvoir judiciaire avec le Pouvoir exécutif, c'est une véritable dépendance vis-à-vis de ce dernier, dépendance qui se manifeste principalement par le mode de nomination et d'avancement des magistrats.

L'Exécutif nomme les magistrats. Il se trouve placé ainsi, à l'origine même du Pouvoir judiciaire. Depuis plus d'un siècle, ce mode de nomination a résisté aux transformations politiques et sociales, bien qu'il ait été presque continuellement critiqué. Ce fut l'article 41 de la Constitution de l'an VIII, qui confia au Chef du Pouvoir exécutif la nomination des magistrats. La Constitution de Thermidor, an X et de Floréal, an XII, modifièrent quelque peu cette prérogative, mais la laissèrent subsister. Puis, la loi du 20 avril 1810 l'organisa définitivement. Depuis lors, tour à tour : Empereurs, Rois et Présidents conservèrent jalousement cette mission.

Ce pouvoir confié à l'Exécutif n'était d'ailleurs pas laissé à son arbitraire ; celui-ci devait tenir compte, dans son choix, de certaines conditions de capacité et d'âge : le diplôme de licencié en droit fut exigé ; l'on devait justifier d'un stage d'avocat de deux années au moins, fait au barreau d'une Cour d'appel ; un âge requis venait encore limiter la liberté du choix : cet âge variait suivant les degrés de la hiérar-

chie judiciaire ; l'on ne put être nommé substitut avant vingt-deux ans et juge ou procureur avant vingt-cinq ; président ou conseiller avant vingt-sept ; conseiller à la Cour de cassation, président dans une Cour ou procureur général avant trente ans.

La loi limitait donc elle-même la liberté de l'Exécutif, par des conditions indispensables. Celles-ci demeurèrent telles, jusqu'aux décrets de 1906 et 1908, qui modifièrent alors d'une façon importante — en ce qui concerne la nomination et l'avancement — notre organisation judiciaire. Désormais, ne put être nommé magistrat que celui qui avait accompli un stage d'une année comme Attaché au parquet d'un Tribunal ou d'une Cour, et qui avait été jugé apte aux fonctions judiciaires, à la suite d'un concours, (décret de 1906) ou d'un examen (décret de 1908).— Ainsi l'on continuait dans la voie des conditions limitatives, imposées par la loi du 20 avril 1810 ; — aux deux conditions anciennes, deux nouvelles s'ajoutaient. Le rôle du Pouvoir exécutif se trouvait réduit ; il disposait encore du droit de nomination, mais son choix était de moins en moins libre. L'influence du Pouvoir exécutif sur le Pouvoir judiciaire était de la sorte grandement atténuée, puisque la nomination des magistrats dépendait de plus en plus de conditions extérieures qui s'imposaient à l'Exécutif lui-même.

C'était-là une réforme heureuse ; — jusqu'au

décret de 1906, en effet, la trop grande facilité des conditions d'admission à une des plus importantes fonctions de la société, avait été souvent et justement critiquée. Dès 1835, Foucart, dans un article de *la Revue de Législation et de Jurisprudence*, montrait l'insuffisance de la seule licence en droit : « Peut-on espérer, disait-il, que de jeunes licenciés, échappés à l'ennui des Cours, à la gêne des examens, se livreront ensuite à de pénibles travaux, peu en harmonie avec les goûts de leur âge, s'ils n'y sont pas contraints par la nécessité ? Pour quiconque a réfléchi sur la difficulté des études de droit, et sur la légèreté naturelle aux jeunes gens, la réponse n'est pas douteuse ». — De la sorte, parmi les jeunes licenciés, ajoutait-il, il se forme deux catégories : les uns se destinent aux professions d'avocat, d'avoué, notaire ; les autres veulent entrer dans les rangs de la Magistrature. Les premiers sont obligés de faire application des principes théoriques dans une étude — « rude apprentissage et que le besoin d'un état peut seul faire supporter » ; — les autres, au contraire, pour devenir magistrats, n'ont besoin que d'un diplôme justifiant d'études théoriques, sans que la moindre connaissance pratique ait doublé celles-ci(1).

1. Voir également sur ce sujet : *Histoire de l'Organisation de la Justice en France*, de Foucart (*Revue des Deux Mondes*, mars 1871).

Avec raison, l'on montrait que le concours était exigé, de plus en plus, pour l'entrée d'un grand nombre de carrières où un mauvais choix cependant n'aurait pas eu les graves conséquences qu'aurait, pour la sauvegarde des droits les plus chers de l'individu, la nomination de magistrats peu instruits. Pour l'entrée dans la Magistrature, disait-on, le concours n'aura pas l'inconvénient qu'on lui a souvent reproché : ne permettre au candidat de ne faire valoir qu'un certain ordre de qualités, laissant les autres dans l'ombre, bien qu'elles puissent avoir une importance primordiale ; c'est ainsi que le concours institué pour le recrutement des officiers ne renseignera que très imparfaitement sur des qualités qui, comme l'énergie, le sang-froid, l'esprit de décision, décideront du sort des batailles. Cet inconvénient disparaîtra au contraire lorsqu'il s'agira du choix d'un juge, puisque suivant l'expression de M. Larnaude, il n'y a pas de fonctions « qui réclament des connaissances plus techniques, plus spéciales, plus professionnelles en un mot, que celles de juges », toutes connaissances aptes à se démontrer facilement par un concours.

Avec une ironie légitime, on remarquait que le Doctorat était exigé — avant la réforme de 1905 — pour obtenir une dispense de service militaire, mais qu'il n'était plus nécessaire lorsqu'il s'agissait d'entrer dans la Magistrature ; alors que la licence ne suffisait pas pour dispenser de quelques mois de

manièrement d'armes, elle devenait suffisante pour confier à quelqu'un la grave mission de rendre la Justice.

L'institution du concours répondit à ces justes préoccupations. Mais il ne faisait naître que les garanties qui viennent d'une certaine science théorique. Il demeurerait insuffisant pour faire connaître si le futur magistrat possédait les autres qualités utiles à l'accomplissement de sa fonction. La science n'est pas seule nécessaire au juge : il doit y joindre l'intégrité et l'indépendance ; puis une certaine aptitude à découvrir le vrai, à bien juger, en un mot. Aussi, le stage d'Attaché fut-il très sagement institué, pour compléter le concours. Vivant dans un milieu apte à apprécier son caractère et ses aptitudes, entouré de magistrats qui pourront se rendre compte de ses qualités intellectuelles et morales, l'Attaché se trouvera initié, dans leur côté pratique, aux fonctions qu'il remplira un jour. Des renseignements utiles et dignes de foi pourront être ainsi recueillis à son sujet, au moment de sa nomination ; il ne sera plus un inconnu, nommé, comme trop souvent auparavant, au hasard des recommandations, mais quelqu'un qui fait déjà partie pour ainsi dire du personnel judiciaire.

Tel est actuellement le mode de recrutement de la Magistrature. L'Exécutif y joue toujours un rôle prépondérant, quoique ce rôle soit restreint par des

conditions que l'évolution historique depuis 1810, nous a fait voir de plus en plus nombreuses. C'est cette situation contraire à une véritable Séparation des Pouvoirs, qui est, par certains, très vivement critiquée. Les premières Constitutions françaises, dit-on, avaient voulu rester d'accord avec le principe de liberté, pour la réalisation duquel s'était fait la Révolution ; elles avaient décidé que les membres du Pouvoir judiciaire seraient nommés par l'élection. Les arguments de leurs rédacteurs, repris ensuite par beaucoup de théoriciens libéraux, étaient ceux-ci : dans un pays libre, deux principes également chers s'opposent à la nomination des magistrats par l'Exécutif : le principe de la Séparation des Pouvoirs et le principe de la Souveraineté nationale. En vertu de ce dernier, chacun des trois Pouvoirs doit venir du peuple, manifestant sa volonté par l'élection : le Pouvoir judiciaire doit être élu comme le Pouvoir législatif.

Cette Souveraineté du peuple est l'assise sur laquelle repose notre société moderne. Pourquoi n'y être fidèle qu'à demi, pourquoi le peuple, qui désigne lui-même ceux qui auront la grave mission de faire les lois, ne désignerait-il pas aussi ceux qui auront celle non moins importante de les appliquer ? La logique poussée trop loin deviendrait-elle dangereuse ? C'est ce que n'ont pas pensé les plus fervents champions des idées démocratiques : qu'ont-ils

demandé, au nom de cette logique même : que l'on mette d'accord notre organisation judiciaire avec les principes de notre organisation politique.

Un « Pouvoir » étant, suivant la définition qu'en a donnée M. Esmein « une délégation immédiate d'un attribut de la Souveraineté nationale », il doit en être, dit-on, du Pouvoir judiciaire comme du Pouvoir législatif ; cette délégation, seul le peuple peut la faire, puisqu'il a seule autorité pour disposer de la souveraineté.

Tels sont les arguments des partisans de l'élection, dans le but de dégager le Pouvoir judiciaire de l'influence de l'Exécutif. Ces arguments semblent d'une force singulière, tant que l'on reste dans le domaine abstrait ; ils faiblissent lorsqu'on observe que, tout en reconnaissant le principe de la Souveraineté nationale, on est obligé d'admettre en pratique que le peuple peut cependant déléguer ce Pouvoir de différentes manières.

Il a pour cela deux moyens : la délégation directe et la délégation indirecte : tantôt le peuple choisira lui-même ses représentants en leur confiant une mission déterminée : faire la loi ; tantôt, il délèguera à ces représentants la faculté d'en nommer d'autres, en son nom ; et c'est même le moyen le plus habituellement employé. Des trois Pouvoirs qui forment l'État, seul le Pouvoir législatif est l'émanation directe du peuple. Les deux autres ne procèdent de

lui que d'une manière indirecte. Le Législatif désigne l'Exécutif, qui, à son tour désigne le Judiciaire : la source est toujours dans le peuple, mais se trouve seulement plus lointaine pour les autres pouvoirs, que pour le Législatif.

Et ce genre de délégation n'a rien d'anticonstitutionnel. Sans doute, comme le fait remarquer M. Esmein, « les Assemblées législatives ne peuvent jamais déléguer au Pouvoir exécutif, même partiellement et momentanément, l'exercice du Pouvoir législatif, pas plus d'ailleurs qu'elles ne pourraient lui déléguer leurs attributions constitutionnelles, par exemple le droit de consentir périodiquement à l'impôt, celui d'autoriser la déclaration de guerre ou d'approuver les traités » (1) ; de même que le Pouvoir Exécutif ne pourra jamais de son côté confier au Pouvoir législatif quelque une de ses attributions naturelles, celle de promulguer la loi, par exemple. C'est qu'en effet de telles délégations heurteraient violemment la Constitution, réunion des principes inviolables que le peuple a librement choisis, pour diriger sa vie politique, et méconnaîtraient cette règle qui, pour un pays libre, est la première : « le titulaire d'un Pouvoir n'en a pas la disposition, mais seulement l'exercice » (2).

1. Esmein, *De la Délégation du Pouvoir législatif*, p. 8.

2. Esmein, *De la Délégation du Pouvoir législatif*, p. 8.

Mais en dehors de ces cas, où la Constitution donne à un Pouvoir déterminé des attributions expresses, ne peut-on pas considérer certaines prérogatives confiées à un Pouvoir — celle de la nomination des magistrats par exemple, confiée au Pouvoir exécutif — comme des délégations tacites de la Souveraineté populaire, et de ce fait en parfait accord avec notre idéal politique ? C'est notre avis : en effet, si toute délégation contraire à la Constitution est impossible, celles au contraire qui sont tacitement approuvées par elle, deviennent légitimes.

Ainsi, la nomination des membres du Pouvoir judiciaire par le Pouvoir exécutif n'est point, à notre avis, contraire au principe de la Souveraineté nationale. Mais alors même que ce procédé ne serait point complètement d'accord avec notre idéal politique, serait-ce une raison suffisante pour l'abandonner et faire nommer les juges par l'élection ?

Pour être fidèle à un principe abstrait, faudra-t-il risquer de voir naître des conséquences dangereuses pour la société elle-même. Nous ne méconnaissons point l'importance des grands principes directeurs de la vie politique d'un Etat ; ils sont pour les Etats ce qu'est un noble idéal pour un individu ; mais cependant, ces principes trouvent un maître et un juge dans l'expérience. La mission de celle-ci est de les adapter et de les faire évoluer, suivant les nécessités de la réalité et de la vie.

C'est justement aux leçons de cette expérience que l'on a cédé, en confiant au Pouvoir exécutif le choix des magistrats. La Révolution, en effet, resta tout d'abord dans la pure logique de ses principes en décidant l'élection des juges, mais les résultats furent malheureux et ils suffirent à justifier, peu de temps après, les prérogatives que prit l'Exécutif, en l'an VIII, et qu'il n'abandonna plus. Cette transformation fut d'ailleurs aidée par la prépondérance que prit alors l'Exécutif dans notre société, fatiguée des secousses révolutionnaires. « Si le système de l'élection ne s'est pas maintenu en France, ce n'est pas seulement à cause des mauvais résultats qu'il avait donnés, c'est aussi et surtout parce que le Pouvoir exécutif s'est solidement constitué, avec le Consulat et l'Empire, et qu'il a considéré comme une de ses prérogatives essentielles la nomination des juges. Les régimes qui l'ont suivi, même les régimes républicains, n'ont eu garde d'abandonner ce puissant moyen d'influence » (1).

— Cette transformation amenée par ces motifs de deux ordres différents, porta manifestement atteinte au principe de la Séparation des Pouvoirs; ce principe ne disparaissait point, mais, d'importantes atteintes étaient portées à la conception qu'avaient

1. Larnaude, *la Séparation des Pouvoirs et la Justice en France et aux Etats-Unis*, p. 5.

voulu réaliser Montesquieu et les réformateurs de la Révolution. Suivant que l'on se laissa plus ou moins impressionner par les arguments tirés de la Souveraineté nationale et de l'exacte Séparation des Pouvoirs, l'on vit là un bien ou un mal. C'était à notre avis une transformation nécessaire; sans doute, dans le domaine du raisonnement abstrait, une complète Séparation des Pouvoirs, telle que l'a exposée Montesquieu est désirable, et bien qu'un de ses contemporains ait accusé celui-ci, d'avoir fait surtout, de « l'Esprit sur les lois », l'on admet facilement que la règle posée par lui apparaît comme la meilleure garantie de liberté pour l'Individu, celui auquel on doit toujours revenir, puisqu'il est le seul être vivant au milieu de la société. Mais c'est là cependant une vue théorique: dans la réalité, les Pouvoirs ne peuvent être complètement séparés, sous peine de rendre impossible toute vie sociale; tous au contraire doivent collaborer à une même œuvre qui est la marche harmonieuse de la société. Il ne suffirait pas de proclamer que le Pouvoir judiciaire sera désormais une véritable émanation de la Souveraineté du peuple, il faudrait encore organiser en pratique son recrutement et sa naissance. Les membres du Pouvoir judiciaire ne peuvent pas, ainsi que Minerve sortit tout armée du cerveau de Jupiter, naître par la seule force d'un prin-

cipe proclamé : un fait social quelconque devra les investir de leur pouvoir. Quel sera ce fait ?

La nomination par l'Exécutif supprimée, comme contraire à une exacte Séparation des Pouvoirs et à une véritable Souveraineté nationale, seule l'Election populaire, étant donné les idées démocratiques actuelles, pourrait la remplacer. Les avantages de la cooptation ont bien été souvent montrés, mais ils ne pourraient suffire à la faire accepter ; celle-ci donnerait certainement au Pouvoir judiciaire une grande indépendance, mais ce recrutement de la magistrature par elle-même ne serait pas sans inconvénients : la faveur et le Népotisme pourraient se développer, et le Pouvoir judiciaire devenir ainsi une véritable caste fermée. D'ailleurs, si au point de vue d'une exacte Séparation des Pouvoirs, cette réforme serait heureuse, elle laisserait subsister la principale critique que l'on adresse à la nomination actuelle par l'Exécutif : violation du principe de la Souveraineté populaire : bien plus, celle-ci trouverait à se manifester avec davantage de force, car, si l'on peut soutenir qu'avec notre système de nomination actuel, le Peuple exerce encore médiatement sa souveraineté, on ne saurait l'admettre avec le système de la cooptation, puisque la source du Pouvoir judiciaire serait en lui-même.

L'Election reste donc seule possible ; mais n'a-t-elle pas des inconvénients plus grands encore que la nomi-

nation par l'Exécutif? C'est ce qu'il faut sagement examiner avant de condamner notre système actuel. Manifestement, l'Election placerait le juge élu sous la dépendance de ses électeurs. Comme il est homme, c'est-à-dire sensible aux sollicitations plus ou moins honorables de son intérêt personnel, il serait presque fatalement tenté de se préoccuper de sa réélection; et alors qu'aucune considération étrangère à la Justice ne devrait assourdir la voix de sa conscience, il sera cependant entraîné à se préoccuper de l'effet que produiront ses sentences sur sa réélection. Ce juge élu verra parfois comparaître devant lui un de ces électeurs, comme il en existe dans tout collège électoral, qui ont la faculté de mouvoir à leur suite un certain nombre de voix. Malheur alors aux simples justiciables, si le juge n'est pas un caractère fortement trempé, qui auront à faire triompher leur droit contre cet électeur influent.

L'on objectera sans doute que l'élection ne produit pas ces effets désastreux lorsqu'on lui confie le soin de nommer les membres du Législatif! Mais, c'est qu'alors, les élus n'ont pas l'angoissante mission de juger leurs électeurs, de les condamner ou de les absoudre et de proclamer lequel, a pour lui, le bon droit. L'élaboration de lois générales ne fait pas naître de ces conflits d'intérêts particuliers, qui entourent au contraire la rédaction d'un jugement.

Mais, ne pourrait-on pas éviter cette subordina-

tion du juge à ses électeurs, qui naît surtout de sa réélection, en supprimant celle-ci. Le magistrat ne serait pas rééligible. Aussitôt nommé, il deviendrait ainsi indépendant de ses électeurs qui, une fois qu'ils l'auraient désigné, ne pourraient plus rien sur lui. Ils auraient été ainsi son maître, dans le passé, en l'élisant, mais pour le présent et pour l'avenir, il serait le sien : seule la voix de sa conscience parlerait dans ses jugements.

La suppression de cette dépendance vis-à-vis de la réélection, serait en effet un grand avantage, mais d'autres inconvénients naîtraient alors qui en diminueraient bien la valeur.

Supprimer la possibilité de la réélection, c'est, en effet, enlever toute stabilité au corps judiciaire, c'est le priver, à l'expiration d'un délai assez court, de ses magistrats les meilleurs, de ceux qui auront acquis l'expérience des choses judiciaires : c'est la fin de tout le perfectionnement qui résulte, pour le plus grand bien des justiciables, d'une carrière prolongée dans l'étude et la pratique de la science du droit.

L'élection prête d'ailleurs à bien d'autres critiques ; une des plus graves, c'est l'incompétence foncière des électeurs, pour apprécier les qualités nécessaires à un bon juge : la foule préférera toujours les dehors attrayants et flatteurs, à la science grave et austère ; comment pourrait-il en être autrement ? les électeurs n'étant pas aptes à apprécier les apti-

tudes juridiques, seront amenés fatalement à tenir compte des autres, plus extérieures. On a proposé, pour diminuer cet inconvénient, d'avoir recours à un suffrage restreint ; seuls seraient électeurs ceux que leur situation rend familiers avec la science du droit.

Mais alors, les inconvénients qui naissent de la subordination et de la dépendance de l'élu vis-à-vis de ses électeurs persistent, avec cette aggravation que ces électeurs, officiers ministériels pour la plupart (1), seraient justement ceux que, dans certaines circonstances, le Pouvoir judiciaire est appelé à surveiller ; on détruirait ainsi toute discipline et toute hiérarchie, sans que l'on pût d'ailleurs se vanter d'avoir été fidèle au principe de la Souveraineté populaire.

L'élection, appliquée au recrutement du personnel judiciaire, apparaît donc comme pleine d'inconvénients. Que devient-il d'elle, quand le principal argument en sa faveur, celui d'être seul d'accord avec le principe de la Souveraineté nationale, s'écroule. Il est en effet aisé de montrer que l'on peut fort bien rester d'accord avec ce principe, tout en admettant la nomination des magistrats par l'Exé-

1. L'objection, il est vrai, ne conserve pas sa valeur lorsqu'il s'agit des avocats, qui feraient naturellement partie du corps électoral ; mais ceux-ci, moins nombreux que les officiers ministériels, ne décideraient pas en fait de l'élection.

cutif. Dans un pays libre, la loi est le seul pouvoir qui oblige, c'est celui qui établit les droits et les devoirs, et limite la liberté de chacun ; on comprend que pour donner naissance à cette loi qui aura une force si considérable et qui s'imposera à tous, l'intervention du peuple, manifestée par l'élection, soit naturelle et nécessaire. C'est là un gage essentiel de liberté ; la loi pouvant tout sur le peuple, depuis l'impôt de l'argent jusqu'à celui du sang, doit être acceptée par lui.

Mais, une fois cette loi faite, c'est-à-dire une fois que le peuple s'est prononcé par la voix de ses mandataires, son rôle est fini. Appliquer cette loi, l'interpréter s'ils est nécessaire, la faire cadrer avec la variété des cas particuliers et des espèces diverses, ne peut appartenir qu'à un organe instruit des subtilités juridiques. Cet organe, séparé de la foule pleine de tempêtes, fera cette application dans une atmosphère calme et recueillie, oubliant, avec d'autant plus de facilité qu'il n'y a point été mêlé, toutes les discussions qui ont entouré l'élaboration de la loi. Un organe qui appliquera religieusement et impartialement la loi, telle que le Peuple l'a faite, n'est-il point en accord complet avec le principe de la Souveraineté nationale, quel que soit par ailleurs le mode de recrutement de cet organe.

Quels résultats aurait, au contraire, l'Election appliquée à la nomination des membres du Pouvoir

judiciaire ? Par suite de la faiblesse de la raison humaine, qui soutient parfois, avec autant de bonne foi, le vrai et le faux ; par suite aussi des points de vue différents auxquels on se place, les opinions des hommes sont nombreuses et variées. La conséquence, c'est qu'à la suite de l'élection, la représentation du peuple est confiée à des élus qui ont des conceptions et des avis fort dissemblables. Cette diversité des opinions qui donne naissance aux différents partis, est sans doute un bien en matière législative, où il s'agit justement de faire naître la loi de la discussion elle-même. Mais en matière judiciaire, il en serait tout autrement. La mission des juges se borne à veiller à l'application de la loi, telle qu'elle émane du peuple. Ils doivent oublier, en la faisant respecter, toutes les discussions qui ont entouré sa naissance. Cela ne leur sera-t-il pas beaucoup plus facile, s'ils ne tirent pas eux-mêmes leurs pouvoirs de l'élection ? Elus, en effet, par un corps électoral qui participerait nécessairement aux opinions diverses et aux luttes des partis, ne serait-il pas à craindre que leur sérénité n'en soit troublée ; le magistrat élu ne serait-il pas exposé à se souvenir que telle loi fut regardée avec hostilité par le parti auquel il doit son élection ?

Ainsi donc, à notre avis, sous prétexte de respecter la Souveraineté nationale, l'élection du Pouvoir judiciaire conduirait à une indépendance dangereuse

des magistrats vis-à-vis de la loi, émanation de cette Souveraineté nationale.

Ce ne serait point le seul danger de l'élection ; elle pourrait avoir pour résultat une véritable confusion des Pouvoirs, au profit du Judiciaire. Ce serait la porte ouverte à tous les empiétements de ce dernier. Issu du peuple, en effet, tout aussi valablement que le Législatif, il aurait tendance à se considérer comme une véritable émanation de la Souveraineté nationale ; de là à se permettre de modifier la loi, ou à en donner des interprétations générales semblables aux anciens arrêts de règlement, il n'y aurait pas loin.

Si l'indépendance du Pouvoir judiciaire est en effet une nécessité, celle-ci, poussée à l'extrême, conduit à de graves inconvénients. L'histoire de nos anciens Parlements nous montre ceux-ci, s'opposant à des réformes qui auraient été cependant fort heureuses : ils se prétendaient, pour justifier leur attitude, représentants de la nation, quoique leur mode de recrutement ne justifiait guère cette prétention. Qu'en aurait-il été, s'ils avaient été vraiment issus de la Souveraineté populaire ?

Sous prétexte donc de séparer complètement le Judiciaire de l'Exécutif, on risquerait d'ouvrir le chemin aux empiétements du Judiciaire sur le Législatif. D'ailleurs, que produirait la diversité des points de vue et des opinions des magistrats élus ? Les

représentants du Législatif se réunissent et discutent ensemble ; une seule des opinions l'emporte, celle qui, approuvée par la majorité, devient la loi. Il n'en irait plus ainsi avec une Magistrature élue : elle constituerait un véritable danger pour le principe de l'universalité des lois ; on verrait le droit changer de l'une à l'autre circonscription électorale, suivant la mentalité du pays, condensée dans celle de ses juges ; ceux-ci ne se réunissant pas dans un corps unique, tel qu'un Parlement, au lieu de devenir ainsi l'émanation de la Souveraineté nationale du pays tout entier, resteraient les élus d'une portion de territoire, et ils conserveraient de cette origine un particularisme étroit et dangereux.

Les dangers de l'élection appliquée à la nomination des magistrats sont donc nombreux. Il nous a fallu les examiner, pour pouvoir trancher la question des rapports du Judiciaire et de l'Exécutif. A la suite de cet examen, le mode de nomination actuel des membres du Pouvoir judiciaire, quelles que soient les critiques auxquelles il donne lieu, nous apparaît comme devant être conservé. L'on ne doit en effet toucher à une institution, si imparfaite soit-elle, que pour l'améliorer. Or, le remède de l'élection serait pire que le mal. Quoique le système actuel consacre un véritable rapport de subordination du Judiciaire vis-à-vis de l'Exécutif, il nous semble cependant

rester supérieur à tous les autres systèmes proposés pour le remplacer.

Ce ne fut point l'avis d'un grand nombre de réformateurs de notre organisation judiciaire, qui s'attaquèrent principalement à la prérogative de nomination confiée à l'Exécutif. La plupart des projets de réforme s'inspirèrent de cette idée ; et ils furent nombreux pendant ces cinquante dernières années.

Aussitôt la paix revenue, dès le 18 septembre 1871, une commission fut nommée par le Gouvernement de la Défense nationale, en vue de la réforme judiciaire.

L'on tomba très facilement d'accord que le choix des juges par le Pouvoir exécutif était impossible désormais ; l'avocat Chaudey exposait la manière générale d'envisager cette importante question ; lorsqu'il posait en principe que : « Le Pouvoir judiciaire et le Pouvoir exécutif sont deux pouvoirs différents, deux organes de la nation, non subordonnés l'un à l'autre ; c'est donc un vice primordial que celui de la confusion de ces pouvoirs ». Et il concluait de là à la nécessité de l'élection.

Peu de temps après, un projet de décret était rédigé qui commençait ainsi : « Le Gouvernement de la Défense nationale, considérant d'une part que le Pouvoir judiciaire ayant de sa nature une existence propre, doit être indépendant du Pouvoir exécutif, et que dès lors, la nomination des juges par le gou-

vernement, n'est pas conforme aux principes... », propose l'Élection des magistrats.

Cette même tendance se manifesta de nouveau très clairement, dans les discours qui, le 8 février 1872, ouvrirent la discussion sur la réforme judiciaire. Arago se montra hostile à la nomination des juges par l'Exécutif et le premier argument qu'il donna pour justifier son opinion fut de montrer quelle fâcheuse anomalie constituait, au milieu de nos institutions politiques, la faculté laissée à l'Exécutif de choisir les membres du Pouvoir judiciaire. « Celui-ci, disait-il, au lieu d'être vraiment séparé, comme le veut un régime de liberté, n'est ainsi qu'une dépendance de l'Exécutif.

- La conséquence, disait l'orateur, n'était pas seulement théorique, mais pratique ; c'était celle dont il faisait grief au gouvernement : se préoccuper surtout des préférences politiques des magistrats : « les gouvernements qui se succèdent peuplent les tribunaux de personnages que le public observe avec inquiétude, et qualifie, selon des dates de nomination, de magistrats de la Monarchie, magistrats de l'Empire, magistrats de la République. On ne devrait connaître que les magistrats de la Loi ».

Ces paroles auxquelles tout le monde doit applaudir, ne tranchaient cependant pas la question ; il aurait fallu encore examiner si l'élection assurerait la réalisation de ce noble programme et si, avec elle,

l'on ne connaîtrait plus que « les magistrats de la Loi ? ».

Entraînés par une conception théorique, ce fut cependant en faveur de l'élection que se déclarèrent beaucoup d'hommes politiques de la troisième République, se préoccupant de la réforme de notre organisation judiciaire : « Pourquoi me laisserait-on choisir mon député, si l'on me prive du droit de choisir mon juge ? Il est mille fois plus facile de choisir un juge, interprète de la loi écrite, que de choisir un député, chargé d'écrire la loi », écrit Jules Simon (1). Et Jules Favre disait aussi : « L'élection rend à la nation, par l'exercice d'une de ses plus hautes prérogatives, la plénitude de sa souveraineté. Elle élève la magistrature au-dessus de l'action du Pouvoir exécutif » (2).

Nous avons montré précédemment que ces vues qui semblent si naturelles et si logiques, ne sont que superficielles. Ajoutons qu'on doit entourer d'autant plus de soin la formation du Pouvoir judiciaire, qu'un mauvais juge sera plus dangereux qu'un mauvais législateur. L'ignorance et l'incapacité de celui-ci aboutira à l'inaction : la loi prendra naissance sans son concours, élaborée par un groupe de parlementaires actifs et compétents. L'ignorant ou

1. J. Simon, *Liberté politiques*. Ch. III, p. 184.

2. J. Favre, *la réforme judiciaire*, ch. IX, p. 82.

l'incapable en sera quitte pour voter suivant ses préférences politiques, la loi n'en existera pas moins. Mais le choix d'un mauvais juge aura des inconvénients beaucoup plus considérables ; le juge ne pourra pas s'abstenir, suivre, tel un docile troupeau, le berger, chef du parti ; il aura forcément un rôle actif et son ignorance et son erreur porteront des fruits d'iniquité. D'ailleurs l'individu supportera souvent avec plus de facilité une loi imparfaite, qu'un mauvais jugement ; la première est en effet générale, ne frappant pas directement l'individu ; le second visera un cas particulier qui atteindra directement l'individu. Ce sont là des observations à ajouter à celles que nous avons faites précédemment, pour montrer les inconvénients de l'élection.

Celle-ci n'a d'ailleurs pas que des défenseurs : beaucoup de penseurs libéraux ne l'admettent pas en matière judiciaire. Leur avis nous vient de l'étranger aussi bien que de la France. C'est le chancelier Kent qui dit (1) : « Les hommes les plus propres à remplir les fonctions de juges auraient trop de réserves dans les manières et trop de sévérité dans les principes, pour pouvoir jamais réunir la majorité des suffrages à une élection qui reposerait sur le vote universel. » Et Stuart Mill (2) : » Les juges fini-

1. Kent, *Commentaires on American-Laws*, t. I, p. 272.

2. Stuart-Mill, *Gouvernement représentatif*, ch. XIV, p. 303.

raient par sentir qu'ils risquent leur charge, toutes les fois qu'ils prononcent sur une cause susceptible d'exciter l'intérêt général, et qu'il est moins essentiel pour eux de chercher la décision la plus juste, que de chercher celle qui sera la plus applaudie par le public, ou qui prêtera le moins à la perfidie des interprétations. » De même, Benjamin Constant estimait que l'élection qui, remettant en question à intervalle rapproché le pouvoir du juge, l'obligerait à se préoccuper de sa réélection, pour le plus grand préjudice de la droite justice : « Avoir acheté son emploi, ajoutait-il, est une chose moins corruptrice, qu'avoir toujours à redouter de le perdre » (1).

— Ce désir de réformes s'expliquait : c'est le sort cruel des institutions qui existent, de prêter plus facilement aux critiques, que celles qui ne sont encore parées que des perfections du rêve. Le système actuel de nomination des magistrats par l'Exécutif vit sous nos yeux ; aussi, ses inconvénients se manifestent clairement ; au contraire, ceux des systèmes que l'on propose pour le remplacer restent cachés pour les esprits superficiels. L'expérience historique est pourtant là, pour aider à les apprécier sainement ; que ce soit celle qui nous montre les essais malheureux de la Révolution, pour réaliser dans son organisation judiciaire, les principes démocratiques, ou

1. B. Constant, *Politique constitutionnelle*, ch. II, t. I, p. 22.

que ce soit celle qui, plus récente, nous fait voir l'exemple des Etats-Unis, exemple si concluant, semble-t-il, que nous nous y arrêtons quelques instants :

Pays fédéral, les Etats-Unis possèdent deux justices distinctes : dans chaque Etat existe une justice particulière ; au-dessus de celle-ci se trouve la justice fédérale. En 1840, l'Etat de New-York livra au suffrage populaire l'élection des magistrats de sa justice particulière ; son exemple fut bientôt suivi par la plupart des autres Etats de l'Union. Deux modes de formation du Pouvoir judiciaire se trouvèrent donc simultanément employés ; alors que les juges des Cours suprêmes continuaient à être nommés par le Président de la République, avec l'assentiment du Sénat suivant la règle de la Constitution rédigée en 1787, sous l'inspiration de Washington, et restaient en place, tant que durait leur bonne conduite, tant qu'ils ne se rendaient pas indignes de leurs fonctions, c'est-à-dire, suivant l'expression américaine « *during good behaviour* » (1), les juges des cours de justice particulières furent nommés par l'élection populaire. Or, les résultats apparurent bientôt clairement : d'un côté, la souveraineté populaire qui avait créé les juges entendit les soumettre à sa dépendance ; pour cela, elle fit mirer devant leurs yeux la pers-

1. Traduction de la formule *quamdiu bene gesserint* usitée en Angleterre, pour caractériser la nature du titre conféré aux juges.

pective de la réélection, s'ils savaient conserver les faveurs populaires durant la période, de plus en plus réduite, pour laquelle ils étaient élus (1) ; de l'autre, les magistrats des Cours fédérales demeuraient les fidèles gardiens de la Constitution, et se voyaient entourés du respect général. Les juges chargés de la justice locale se compromettaient dans les luttes politiques et devenaient tout naturellement les serviteurs de la majorité et les complices des partis auxquels ils devaient leurs fonctions. Ces faits sont déplorés par les plus éminents jurisconsultes américains : Story, Kent, Seamen : « Suivez le candidat qui le lendemain veut être juge. Ecoutez les questions qu'on lui adresse : elles ont toutes trait à l'exercice de ses fonctions : sera-t-il sévère ? usera-t-il d'indulgence, appliquera-t-il telles prescriptions récemment votées ? prendra-t-il sur lui de la laisser dans l'oubli ? Il faut qu'il s'explique ; s'il garde le silence, il est battu. Aussi subira-t-il les questions les moins convenables ; il souscrira volontiers des engagements de ne pas appliquer telle loi impopulaire, et lorsque le lendemain, devenu juge, il pourrait du haut de son siège ne s'inspirer que de son devoir, il se voit rappelé à ses promesses électorales par le comité qui l'a

1. Par une marche logique, cette période, de sept ans, fut réduite à cinq ans, puis bientôt à deux dans un certain nombre d'Etats.

tiré de l'obscurité et qui menace de le rejeter parmi la foule, au jour de la réélection, s'il ne demeure pas l'esclave du mandat qu'il a souscrit. » (1)

Et tout naturellement une comparaison s'impose entre ces deux modes de nomination. Alors que le premier, confié à l'Exécutif, mais doublé d'une véritable inamovibilité, donne des résultats passables, l'autre, sous prétexte de Séparation des Pouvoirs, aboutit à la confusion la plus dangereuse. On veut soustraire les magistrats à la dépendance du gouvernement, dépendance qui n'existe d'ailleurs qu'au seul moment de leur nomination, et l'on ne remarque pas que la dépendance, vis-à-vis des électeurs, en constitue une autre beaucoup plus dangereuse. On reproche au Pouvoir exécutif ses mauvais choix; mais on ne se demande pas si un corps électoral nombreux serait mieux placé pour découvrir les personnalités fortes, honnêtes et instruites, et si les plus dignes, répugnant aux sollicitations, le choix des électeurs ne porterait pas sur les plus intrigants.

La nomination par le Pouvoir exécutif nous apparaît donc, dans les circonstances actuelles, comme le meilleur système. L'élection, qui serait seule compatible avec les idées démocratiques, aurait des inconvénients plus nombreux.

Ce n'est point que nous n'apercevions les côtés

1. G. Picot, *Réforme judiciaire*, p. 163.

par lesquels le système de nomination par l'Exécutif, puisse être critiqué. Celui qui dispose de la nomination des juges est bien vite soupçonné de disposer des jugements, et beaucoup d'abus peuvent naître, pour les individus, de cette dépendance. Mais le mal n'est pas si grand que certains feignent de le croire : le Pouvoir judiciaire ne perd pas de ce fait son indépendance.

Ce qui constitue l'autonomie d'un Pouvoir, c'est son indépendance « dans son exercice » ; alors même que « dans sa formation », il ne serait pas indépendant, mais tirerait son origine d'un autre pouvoir. Le Judiciaire naît de l'Exécutif, mais le magistrat, aussitôt nommé, devient indépendant et membre, de ce fait, d'un pouvoir véritablement distinct, grâce au privilège de l'inamovibilité. C'est ce que notait Proudhon, lorsqu'il écrivait : « Le Pouvoir judiciaire est, dans son exercice, totalement indépendant des autres Pouvoirs » (1).

Et c'est ce qui importe ; vouloir plus, vouloir une Séparation des Pouvoirs absolue, est une conception abstraite, qui ne peut se réaliser. Elle aboutirait à l'arrêt de toute force sociale, et l'autorité, se paralysant elle-même, deviendrait inerte.

Pour que ce principe soit respecté, il suffit que les trois Pouvoirs ne soient pas réunis dans les mêmes

1. Proudhon, *Traité du Domaine*, p. 98, t. I.

maines et « de constituer une Magistrature qui ne craigne, ni les électeurs, ni l'Exécutif, ni les représentants du peuple ; une Magistrature qui soit, avant tout, intègre, instruite et indépendante ».

Et c'est, à notre avis, le mode de nomination par l'Exécutif qui permet d'approcher le plus de cet idéal, proposé par M. Larnaude (1).

Ainsi, quel que soit le rapport de subordination qui, de ce fait, unit le Judiciaire à l'Exécutif, nous estimons que ce dernier doit conserver cette prérogative ; c'est à lui qu'appartient la mission de coordonner les forces diverses des Pouvoirs séparés, de telle sorte que cette séparation ne devienne pas une opposition. Il faut se résigner à faire une légère atteinte au principe de la Séparation des Pouvoirs, non pas qu'il faille méconnaître l'importance de ce principe, dont la proclamation fut le commencement de l'œuvre de liberté du XVIII^e siècle : mais il faut tenir compte cependant qu'il ne nous conduit que dans le domaine de la théorie : vouloir l'appliquer *a priori*, sans tenir compte des réalités et des besoins divers de la vie politique, serait une erreur et un danger.

La conclusion de cette première partie de notre étude, où nous avons examiné les rapports du Judi-

1. Larnaude, *la Séparation des Pouvoirs et la Justice en France et aux Etats-Unis*, p. 6.

ciaire et de l'Exécutif, au point de vue de la nomination du personnel judiciaire, sera donc que l'état de choses actuel doit être conservé ; non point tant en raison de sa supériorité en elle-même, que du fait de sa supériorité sur les autres systèmes proposés pour le remplacer. Mais il peut être amélioré de façon à diminuer ses inconvénients. La nomination, laissée entre les mains de l'Exécutif, ne doit pas être abandonnée à son arbitraire. On lui a reproché souvent d'avoir oublié que l'Etat devait aux justiciables des juges éclairés et impartiaux. On s'est élevé contre les influences politiques qui s'exerçaient au moment de la nomination ; influences parlementaires, si bien que, de la sorte, le Judiciaire, subissant déjà l'influence de l'Exécutif, recevait encore, par contre-coup, celle du Législatif : la Séparation des Pouvoirs se trouvait ainsi doublement violée. Etat de choses, justement critiqué, car, suivant la parole de Tocqueville : « l'intervention de la Justice dans l'Administration ne nuit qu'aux affaires, tandis que l'intervention de l'Administration dans la Justice déprave les hommes, et tend à les rendre tout à la fois révolutionnaires et serviles » (1).

Danger qui bien des fois auparavant avait été signalé par des esprits éclairés, mettant en garde

1. Tocqueville, *l'Ancien Régime et la Révolution*, livre II. Ch. IV.

l'Exécutif contre des abus vers lesquels il se trouve facilement entraîné. Déjà, Richelieu, dans son *Testament politique* déclarait préférer l'hérédité et la vénalité des offices, à la nomination par le Roi, à cause, disait-il « de la faveur et de l'artifice » qui amèneraient nécessairement des pratiques injustes dans la disposition des charges (1).

De sérieuses conditions doivent donc être imposées à l'Exécutif, qui limiteront la liberté de son choix. Nous sommes entrés dans cette voie, en 1906, en instituant un concours et un stage d'Attaché, deux conditions limitatives nouvelles qui sont de nature à assurer des nominations, offrant plus de garanties.

1. Richelieu, *Testament politique*, ch. IV, sect. I, p. 128 et s.

CHAPITRE II

Influence du Pouvoir exécutif sur le Pouvoir judiciaire (*Suite*).

II. — L'Avancement des Magistrats.

En dehors de la prérogative que possède le Pouvoir exécutif de nommer les membres du Pouvoir judiciaire, une autre lui est confiée, qui fait naître un second rapport de subordination entre ces deux Pouvoirs, et ainsi une nouvelle atteinte au principe de la Séparation des Pouvoirs. L'Exécutif conserve à l'égard des magistrats qu'il a nommés une faculté importante : celle de pourvoir à leur avancement. Beaucoup voient là un mal plus grand que le premier, et qui se justifie plus difficilement ; d'autres n'y remarquent qu'une conséquence de celui-ci ; n'est-ce pas logique, disent-ils, que l'avancement appartienne au Pouvoir qui possède déjà la faculté de nommer les magistrats ; l'avancement n'est pas, en effet,

autre chose qu'une nouvelle nomination à un poste plus élevé.

Laissant de côté, pour le moment, les conséquences pratiques d'un tel raisonnement, il nous semble bien près d'être un sophisme : lorsque l'Exécutif nomme un magistrat, l'on peut soutenir que son intervention est nécessaire pour investir du caractère judiciaire un individu qui ne le possède pas encore ; cette intervention n'aura pas, d'ailleurs, d'action à l'intérieur du Pouvoir judiciaire lui-même, puisqu'aussitôt nommé, le magistrat trouvera, grâce à l'inaéquivocité, l'indépendance, vis-à-vis des autres Pouvoirs, naturelle à un membre d'un Pouvoir séparé.

L'intervention du Pouvoir exécutif dans l'avancement, produit, au contraire, un effet beaucoup plus grave ; elle agit à l'intérieur même du Pouvoir judiciaire sur un individu qui a déjà été investi de ses fonctions ; elle n'atteint plus simplement un simple citoyen qui veut devenir magistrat, mais bien un membre du Pouvoir judiciaire qui se trouve ainsi placé sous la dépendance d'un autre Pouvoir.

Cette immixtion est apparue à certains si considérable, qu'ils ont prétendu qu'elle allait jusqu'à saper et rendre inopérante la caractéristique fondamentale de notre organisation judiciaire : l'inaéquivocité ; celle-ci n'apparaîtrait plus alors que comme une façade qui, au premier abord, semble assurer une

véritable indépendance au Pouvoir judiciaire ; mais qui, mise en regard de la faculté d'avancement confiée à l'Exécutif, montre toute son insuffisance. Ce que l'inamovibilité, d'un côté, assurerait d'indépendance au Pouvoir judiciaire, l'avancement, de l'autre, lui retirerait.

Deux craintes, peut-on dire, préoccupent l'homme qui remplit une fonction, celle de descendre et celle de ne pas monter. Laquelle des deux est la plus forte ? Il semble bien que c'est celle de ne pas monter. Or, l'inamovibilité ne libère que de la crainte de descendre, alors que l'avancement laisse le magistrat désarmé en présence de la crainte de ne pas monter. Ce qui faisait dire à Prévost-Paradol : « De ces deux mobiles, ou pour mieux dire, de ces deux instruments de dépendance, la crainte de descendre et la crainte de ne pas monter, notre organisation judiciaire supprime le premier et le plus faible, pour laisser pleinement subsister le second qui est non seulement le plus fort, mais le seul efficace ».

Cette seconde manifestation de l'influence de l'Exécutif sur le Pouvoir judiciaire apparaît donc pleine de gravité. La contradiction est là encore manifeste, entre le principe de la Séparation des Pouvoirs et cet état de choses ; de même, il heurte les principes démocratiques de notre organisation politique actuelle tout comme ceux de la Déclaration des Droits de 1789, qui, au dire de certains auteurs, con-

serveraient toujours force de loi. Quoi d'étonnant alors, en présence surtout des inconvénients pratiques que cette situation fait naître, de voir tous ceux qui, parmi les hommes d'Etat de la troisième République, se sont préoccupés de la réforme de notre organisation judiciaire, s'attaquer à la prérogative de l'avancement confiée à l'Exécutif.

C'est Jules Favre qui disait : « Je ne sache pas que jamais on ait mis en pratique un système qui, mieux que notre organisation judiciaire actuelle, permette d'affirmer que le Pouvoir exécutif dispose de juges. Tout y est combiné dans ce but et la maille du filet y est si bien serrée, qu'on est certain à l'avance qu'elle ne laissera rien échapper ». Et Gambetta, dans son discours de Belleville, constatait que le résultat de la pratique de l'avancement était celui-ci : « Etant ce qu'on nomme inamovibles en droit, les magistrats sont en réalité tout ce qu'il y a de plus amovible et de plus mobile. »

N'est-il pas naturel qu'après de tels jugements, pris comme exemple parmi beaucoup d'autres, l'on juge avec défaveur notre organisation judiciaire tout entière. C'est dans la « pratique de l'avancement » que ses adversaires trouvent leurs principaux arguments. Sans doute, au point de vue de l'intérêt public et de la sauvegarde des droits les plus chers de l'individu, le mode de recrutement des magistrats importe beaucoup plus que le mode

d'avancement ; si des conditions de recrutement sévères et justes existent, elles ne laisseront naître que des juges pourvus de science et de caractère et qui resteront ainsi, quel que soit le mode d'avancement. Ce sera surtout le Corps judiciaire lui même, bien plus que la société, qui souffrira d'un avancement arbitraire. Quelle perturbation cependant un tel état de choses ne risquera-t-il pas de créer : le juge, constatant que les faveurs ne vont pas au mérite, mais à l'intrigue, cessera de s'intéresser à une carrière où cependant toute son activité est nécessaire, s'il la veut bien remplir. D'ailleurs si, chez les âmes bien trempées, le désir de l'avancement ne fera jamais disparaître l'indépendance, chez celles plus accessibles aux préoccupations inférieures, ce désir immodéré pourra conduire à une véritable abdication du droit imprescriptible pour le magistrat de ne juger qu'en conformité avec sa conscience et avec la loi.

C'est par ce côté que la question de l'avancement apparaît comme étroitement liée à celle de l'indépendance du Pouvoir judiciaire, et montre toute sa gravité. La nécessité de l'indépendance du Pouvoir judiciaire est si évidente par elle-même, que tous, adversaires ou défenseurs de notre organisation judiciaire actuelle, s'accordent pour la réclamer ; c'est pour la mieux assurer que le plus grand nombre des projets de réforme de la Magistrature, si nombreux

depuis cinquante ans, ont vu le jour. Ceux qui réclament l'élection songent à rendre le Pouvoir judiciaire indépendant du gouvernement ; de même que ceux qui préfèrent conserver le système actuel veulent soustraire les magistrats aux luttes électorales, dangereuses pour leur indépendance.

Or, cette indépendance du Pouvoir judiciaire que tous réclament, que devient-elle en présence de la prérogative de l'avancement confiée à l'Exécutif ? Elle est, semble-t-il, plus atteinte que par toute autre intervention de l'Exécutif.

L'on peut affirmer que c'est par l'avancement que la subordination du Pouvoir judiciaire au Pouvoir exécutif apparaît la plus manifeste. La dépendance venant de la nomination se trouve, en effet, détruite aussitôt que née, grâce au privilège de l'immovibilité ; le juge cesse d'être dépendant dès qu'il est nommé, c'est-à-dire dès qu'il est juge, puisqu'il ne pourra, dans la suite, être ni révoqué, ni déplacé, sans son assentiment. Mais la dépendance, par suite de la faculté d'avancement confiée à l'Exécutif, est autrement persistante ; elle se manifesterait sans cesse pendant toute la carrière judiciaire, avec une simple différence d'intensité, au début et à la fin ; plus forte pendant les premières fonctions, plus apaisée, à mesure que la course vers les sommets s'achève.

Notre hiérarchie judiciaire se prête d'ailleurs avec intensité à ce désir d'avancement ; elle contient un

très grand nombre de degrés qui semblent n'être là que pour faire naître, chez le magistrat, le désir de les franchir. « Le suppléant veut devenir juge, le juge aspire à une présidence, le président rêve la robe rouge, le conseiller calcule à quelle époque les mises à la retraite lui permettront de présider une chambre, et la Cour de cassation brille au sommet, comme le but réservé, dans cette course de la vie, aux plus heureux. Ces degrés d'honneur offrent en même temps, par la différence de traitements, insuffisants aux premiers échelons, un attrait de plus aux magistrats » (1). Un tel miroir magique est dans la main de l'Exécutif, qui niera la tentation de porter vers lui des yeux soumis.

Ces promotions, qui vont confier à des magistrats la vie, l'honneur et les biens les plus sacrés des individus, étaient restées jusqu'à ces dernières années sans aucune règle ; l'arbitraire du ministre était la loi. Aussi, bien souvent des esprits éclairés s'étaient montrés pleins d'alarme en présence de cette dépendance du Pouvoir judiciaire vis-à-vis de l'Exécutif. Déjà, en 1859, de Broglie traçait un tableau d'autant plus clairvoyant que, président du Conseil, il avait pu observer le mal, d'une place privilégiée. Combien de traits écrits sous l'Empire auraient pu s'appliquer à un temps moins éloigné.

1. G. Picot, *Réforme judiciaire*, p. 320.

Aussi, ceux qui sentaient toute la gravité de ce mal, et pour cette raison, s'efforçaient de trouver un système apte à le faire disparaître, cherchèrent à concrétiser leur idéal, à l'aide d'exemples choisis parmi les pays voisins. Beaucoup se posèrent en admirateurs du système anglais.

En Angleterre, l'avancement est pour ainsi dire inconnu ; tout au plus les juges des trois Cours centrales pourront-ils espérer la Présidence d'une de ces Cours, ou le poste de Lord-Chancelier. Aussi, le Pouvoir judiciaire jouit-il dans ce pays d'une indépendance plus grande que partout ailleurs : « Les mœurs anglaises placent le juge dans une sphère supérieure ; ni la crainte, ni l'espoir, ces deux aiguillons de toute vie humaine, ne peuvent atteindre jusqu'à lui. Une fois assis sur son siège, il sait qu'il y mourra ; c'est un prêtre de la justice, étranger lui aussi à la politique, et ne recevant de loi que de la divinité à laquelle il est consacré. Cet isolement complet, cet espèce de sacerdoce est ce qui donne au juge anglais un si grand caractère ; c'est aussi ce qui explique la vénération dont il est entouré. Ce n'est pas un fonctionnaire public dans le sens ordinaire du mot ; son pouvoir a une racine plus profonde : entre le peuple et le gouvernement, il représente une force à part, la Justice, devant laquelle, peuple et gouvernement doivent s'incliner » (1).

1. Laboulaye, *le Parti libéral*, p. 252.

Mais, transportée dans un pays pour lequel elle n'a pas été faite, cette institution pourrait être dangereuse. Plus dangereux encore serait de n'en adopter qu'une partie, quitte à briser un tout harmonieux. Il ne faut pas, en effet, séparer le non-avancement du juge unique, et du jury civil, qui caractérisent le système anglais.

En France, nous n'avons aucune de ces institutions ; c'est pourquoi, supprimer complètement l'avancement, à l'exemple de l'Angleterre, serait une mesure beaucoup trop radicale. D'autant plus qu'en lui-même, l'avancement est quelque chose d'utile et de légitime : légitime, puisqu'il permet de récompenser ceux qui, même dans un corps bien recruté et auquel n'appartiennent que des esprits distingués, se font remarquer par leur intelligence et leur activité ; utile aussi à la bonne marche de la Justice, car en dotant, dès sa nomination, le magistrat d'un poste fixe bien rétribué, on lui assurerait sans doute une grande indépendance, mais on pourrait craindre que, privé de toute émulation, il ne s'endorme dans une douce routine.

L'avancement sera, pour le magistrat, ce qu'est l'intérêt personnel dans la vie économique ; Adam Smith a montré son rôle indispensable ; comment sans lui toute activité s'éteindrait ; de même, n'y aurait-il pas à craindre que, le juge doté dès le début d'un poste fixe, n'ayant plus rien à espérer, s'aban-

donne à un calme repos et devienne un des adeptes de cette loi du moindre effort, qui a tendance à s'imposer à nous, dès que rien ne la combat plus.

Aussi, notre avis est-il qu'une mesure aussi radicale que celle qui, sous prétexte de faire cesser les dangers de l'intervention du Pouvoir exécutif dans l'avancement, supprimerait complètement celui-ci, serait inopportune en France. Un avancement, pourvu qu'il soit bien réglé, est nécessaire à une bonne justice ; n'est-il pas en effet plus naturel de confier le soin de reviser les jugements portés en appel, à des juges qui ont déjà acquis une forte expérience judiciaire, dans des postes inférieurs. Supprimer l'avancement, ce serait supprimer le recrutement naturel des conseillers de Cour d'appel.

L'avancement doit être conservé, mais il doit aussi être réformé : deux mesures conduiraient à ce résultat : il faut d'abord diminuer sa fréquence, puis, le retirer à l'empire arbitraire de l'Exécutif. Notre législation est entrée depuis peu, imparfaitement il est vrai, dans l'une et l'autre de ces voies. Pour rendre l'avancement plus rare, il suffit de s'attaquer aux causes qui le font naître : c'est d'abord la hiérarchisation excessive du Pouvoir judiciaire, qui rend ainsi, nécessaire pour le juge, le passage successif dans un grand nombre de classes. L'on a dit, assez justement, que le Pouvoir judiciaire était organisé comme une caserne ; c'est cet état de choses qu'il faudrait sup-

primer. Que l'on distingue les Cours et les tribunaux de première instance, rien ne se justifie mieux ; mais, pourquoi faire une nouvelle distinction entre ces derniers, si ce n'est pour permettre à l'Exécutif de donner un avancement à petite dose, et qui tiendra constamment le juge en haleine.

Mais, la hiérarchisation excessive du Pouvoir judiciaire n'est pas la seule cause, qui produise ce désir immodéré d'avancement : à l'instar de notre société, la Magistrature s'est démocratisée ; considérée autrefois comme une fonction purement honorifique, le point de vue pécuniaire n'entraîne guère en ligne de compte. Mais, une nouvelle organisation sociale ayant ouvert à tous la porte des fonctions publiques, les membres du Pouvoir judiciaire cessèrent d'être exclusivement recrutés parmi les classes riches : certains magistrats, faute de réserves amassées dans les précédentes générations, se virent forcés de ne point dédaigner le côté pécuniaire de leur fonction. Pour eux, l'augmentation de traitement que procure l'avancement fut une nouvelle raison de désirer plus ardemment celui-ci.

Sans doute, ce point de vue est rare et, chez la plupart, estimé très peu, en comparaison de l'ambition purement honorifique qui pousse le plus grand nombre à atteindre un poste supérieur ; mais, il s'impose cependant à certains.

D'autant plus que la France, qui se proclame

volontiers le pays démocratique par excellence, est loin d'avoir adapté son organisation judiciaire à la logique des principes de son organisation sociale : la Magistrature continue à demeurer fermée, non pas en droit, il est vrai, mais en fait, à ceux dont la richesse ne vient pas appuyer le savoir. Employer sa jeunesse à des études coûteuses, attendre parfois jusqu'à trente ans la première nomination rétribuée, puis, se voir doté enfin, d'un traitement qui ferait sourire de pitié, le plus modeste ouvrier des villes, telle est la voie où ceux qui n'ont que le savoir ne pourront s'engager.

Dans ces conditions, l'on comprend que celui qui, peu favorisé sous le rapport de la fortune, est parvenu cependant à franchir le seuil judiciaire, désirera l'augmentation pécuniaire que déterminera pour lui l'avancement. Voici quelques années, on a mis d'accord l'idéal républicain et la réalité, en décidant l'augmentation de l'indemnité parlementaire ; ce qui a été fait, très justement, pour les membres du Pouvoir législatif, est encore à accomplir pour les membres du Pouvoir judiciaire. L'indemnité judiciaire reste toujours dérisoire, et nullement en rapport avec les longues années de préparation qui précèdent l'entrée dans la Magistrature. Le plus grand nombre des pays nous ont cependant donné l'exemple : aux Etats-Unis, pays démocratique par excellence, les juges de la Cour supérieure ont 50.000 fr.

de traitement ; le président 52.000 francs ; les juges de Cour de circuit 30.000 francs, et ceux des Cours de district 25.000 francs.

En Angleterre, les 25 juges de la Cour suprême ont des traitements qui varient entre 125.000 et 250.000 francs ; ceux des Cours de comtés, qui correspondent à peu près à nos tribunaux de première instance, reçoivent 37.500 francs.

On n'entre guère, au contraire, dans la magistrature française, que pour l'honneur qu'il y a de remplir une importante fonction sociale ; un tel sentiment doit être encouragé, car il est noble, et de nature à assurer un bon recrutement du personnel judiciaire. Mais une telle situation a l'inconvénient de ne point tenir compte que la vie matérielle a, elle aussi, ses droits, et d'obliger ainsi, presque malgré eux, les moins favorisés de la fortune, à un désir immodéré d'avancement

Si l'on veut voir disparaître cette grave atteinte que la prérogative de l'avancement, confiée à l'Exécutif, risque de porter à l'indépendance du Pouvoir judiciaire, il faut diminuer la hiérarchisation excessive de la Magistrature, et augmenter sa rémunération pécuniaire. C'était le programme que, dès 1872, le ministre Goblet proposait : « On n'aura rien fait, disait-il, pour la réorganisation sérieuse du Pouvoir judiciaire, tant qu'on n'aura pas accepté ces deux idées : la première, c'est qu'il faut suppri-

mer l'avancement dans la mesure du possible ; le rendre difficile tout au moins, en supprimant d'abord un grand nombre de tribunaux, puis toutes les classes ; et en donnant immédiatement aux magistrats une situation importante qui les satisfasse » (1).

Ce plan de réformes nécessaires, d'un membre du gouvernement, qu'est-il devenu ? Il s'attaquait directement à l'influence de l'Exécutif ; aussi, les résistances furent nombreuses et prolongées. L'on peut cependant constater avec satisfaction, que, s'il ne s'est qu'imparfaitement réalisé, une évolution constante a, du moins, conduit notre organisation judiciaire vers l'idéal réclamé dès 1872 par Goblet, puis par tous les publicistes ou hommes d'Etat libéraux. Ce fut d'abord la loi du 30 août 1883, qui restreignit le nombre des degrés de la hiérarchie judiciaire.

Auparavant, les tribunaux de première instance se divisaient en six classes, ce qui donnait lieu à un avancement par bonds continuels. La loi de 1883 réduisit le nombre des classes à trois. De plus, les Cours d'appel qui formaient jusqu'alors trois catégories occupèrent désormais toutes le même rang, à l'exception de la Cour de Paris, qui conserva un rang privilégié.

Avant cette réforme, la division en six classes

1. Goblet, Discours du 22 février 1872.

créait de tels écarts entre les magistrats des petits tribunaux et ceux des premières Cours d'appel, que la question de l'avancement devenait une des principales préoccupations de la vie des magistrats, et l'on pouvait dire avec raison que le gouvernement était en état d'exercer sur la plupart d'entre eux, de véritables pressions, par la promesse de l'élévation à une classe supérieure (1).

Mais cette réforme ne soustrayait qu'indirectement le Pouvoir judiciaire à l'entreprise de l'Exécutif. Il est certain que, plus l'avancement devenait rare, moins l'Exécutif trouvait l'occasion d'intervenir, mais son rôle de promoteur demeurait le même, au mépris du principe de la Séparation des Pouvoirs ; le danger de voir le Pouvoir judiciaire perdre son indépendance au contact du gouvernement subsistait. Il fallait donc retirer à l'Exécutif la liberté arbitraire de l'avancement. Mais, par quoi serait déterminé désormais le droit à l'avancement ?

Certains, qui désiraient une solution radicale qui fit disparaître complètement l'emprise de l'Exécutif sur le Judiciaire, proposaient l'avancement, basé uniquement sur l'ancienneté. Ainsi disparaîtra, disaient-ils, l'influence politique, la plus dangereuse pour l'indépendance du Pouvoir judiciaire, et partant, pour le bon équilibre de la vie sociale : l'arbitraire

1. Glasson, *Revue du Palais*, n° 1, mars 1897, p. 101.

ne subsistera plus, puisque l'attribution d'un poste vacant sera toujours accordé au magistrat le plus ancien du grade inférieur.

Mais pour un avantage véritable, c'était donner naissance à des inconvénients fort graves ; faire de l'ancienneté, à elle seule, une présomption absolue de capacité et d'aptitude à un poste supérieur, était une absurdité. C'était poser en principe que les intelligences, étant toutes égales et suivant un même perfectionnement, l'ancienneté était le seul critérium de la science et du mérite. C'était là une conception mécanique, où l'esprit risquait de perdre tous ses droits. La réalisation d'un tel système aurait tué toute initiative, laissé s'endormir les magistrats dans une douce routine, sûrs qu'ils auraient été, de voir le temps les porter, comme un calme courant, vers les plus hauts postes.

Entre cette réforme impossible et la situation existante, qui laissait toute liberté à l'Exécutif, il y avait place pour un juste milieu : ne point considérer seulement l'ancienneté, mais en tenir compte, dans une large mesure, puisqu'elle constituera, par elle-même, une forte présomption d'aptitude, puisque, presque fatalement, elle aurait développé l'expérience et la pratique juridique.

C'est de cette manière de voir que s'inspire, en partie, la réforme qui, par les décrets de 1906 et 1908, porta une atteinte notable à l'arbitraire de

l'avancement. Depuis lors, en effet, la nécessité d'une certaine ancienneté, garante de l'expérience acquise, est proclamée : il faut désormais être resté pendant un certain temps dans un poste inférieur, avant d'être nommé à un poste supérieur. Le décret de 1906, modifié en 1908, fixe cette durée à deux ans.

Mais malgré cette mesure, l'arbitraire de l'Exécutif subsistait, les décrets de 1906 et 1908 y remédièrent en créant le tableau d'avancement.

Ce n'était point le premier essai : dès 1895, M. Trarieux, reconnaissant ce qu'avait d'abusive l'influence arbitraire laissée au gouvernement, avait entrepris d'opérer lui-même une réforme considérable ; dans ce but, il adressa aux premiers Présidents et aux Procureurs généraux une circulaire que nous jugeons utile de reproduire presque tout entière, puisque, bien avant les décrets de 1906-1908, elle tenta la réforme que réalisèrent ceux-ci :

« Depuis longtemps, l'administration de la Justice
« souffre de ces critiques que soulèvent les condi-
« tions dans lesquelles s'opère le recrutement du
« Corps judiciaire, et l'avancement de ses membres.
« Abandonnée à l'autorité exclusive du ministre, la
« nomination des magistrats, quels que soient le soin
« et le scrupule qu'y apporte la Chancellerie, est
« frappée d'une sorte de suspicion, par cela seule
« qu'elle dépend d'une volonté unique, qu'on peut
« croire accessible à des influences diverses. De là,

« la pensée se répand que le mérite et les droits
« acquis comptent moins que les protections dans
« le choix des candidats. Il m'a paru que, sans
« attendre l'examen par les Chambres des proposi-
« tions de loi dont elles sont saisies et qui ont pour
« but de soumettre à des règles fixes et rigoureuses
« l'entrée et les promotions à la carrière judiciaire,
« il m'était possible de remédier à la plupart des
« inconvénients signalés, en entourant de garanties
« nouvelles l'avancement accordé aux magistrats.

« J'ai, en conséquence, décidé la création d'un
« tableau d'avancement pour les magistrats, établi
« de la façon ci-après :

« Chaque année, les premiers Présidents et Pro-
« cureurs généraux dresseront, pour leurs ressorts
« respectifs, un tableau comprenant les magistrats
« du siège et du parquet qui leur paraîtront dignes
« d'être proposés pour un poste d'ordre supérieur à
« celui qu'ils occupent. Il y aura lieu d'y mentionner,
« avec les noms et prénoms de ces magistrats, la
« date et le lieu de naissance, la durée totale de leurs
« services, la date de leur dernière nomination, leurs
« titres particuliers à l'avancement, enfin, la préfé-
« rence qu'ils auraient témoignée, en ce qui concerne
« les ressorts ou résidences dans lesquels ils pour-
« raient être appelés à recevoir cet avancement.

« Une commission, composée du premier Prési-
« dent et du Procureur général à la Cour de Cassa-

« tion, de deux conseillers à cette Cour, et trois
« directeurs du ministère de la Justice, se réunira à
« la Chancellerie, sous la présidence du Ministre ou
« du Président de la Cour de cassation. Cette com-
« mission arrêtera, pour l'année suivante, au vu
« des tableaux préparatoires dressés pour chaque
« ressort, le tableau général d'avancement, par
« ordre de mérite des magistrats. »

Mais, une fois de plus, la réforme tentée échoua ; elle ne devait se réaliser qu'en 1906, et par la voie d'un simple décret, ce qui fit naître une certaine surprise : la réforme de notre organisation judiciaire, après avoir fait souvent à la Chambre l'objet de débats considérables, était enfin réalisée en partie, par un décret qui s'appuyait sur le seul article 38 de la loi de finances du 17 avril 1906 !

Comment expliquer qu'une réforme aussi importante fût l'œuvre d'un décret, et non pas d'une loi ? Alors que notre organisation judiciaire repose sur des textes législatifs, comment a-t-on pu charger le Conseil d'Etat du soin d'élaborer un texte, modifiant ces lois elles-mêmes ? C'est là un fait tout à fait anormal, à tel point que M. Larnaude est allé jusqu'à contester la valeur constitutionnelle du procédé. Son raisonnement est irréfutable :

« La loi, c'est-à-dire l'article 38 de la loi de finances du 17 avril 1906, disait-il, ne contient rien ;

comment faire un règlement pour organiser le néant ? »

Aussi, pour répondre à l'éminent professeur de droit, l'auteur de la proposition de loi, M. Flandin, se gardait bien de se placer sur le terrain juridique où sa défaite eût été certaine. Il se contentait de faire remarquer toute l'inanité des efforts faits par lui, auparavant, pour obtenir que son projet soit inscrit à l'ordre du jour.

Aussi, M. Larnaude qui, en principe, signalait l'irrégularité incontestable du procédé, pouvait-il cependant déclarer, au cours d'une discussion à la Société générale des prisons :

« Je suis embarrassé, pour apprécier le procédé employé par M. Flandin, pour assurer à la magistrature des conditions de recrutement et d'avancement offrant plus de garanties que celles qui existent actuellement. Je suis un peu de l'avis de M. Flandin, quand il dit qu'il faut mieux peut-être que les conditions soient réglées par le Conseil d'Etat que par la Chambre. En tous cas, il sera fait quelque chose, et cela vaut mieux que rien. »

C'est là, en effet, l'important.

Le tableau d'avancement était institué. Le décret créait une « commission générale de classement » qui, sur des premières propositions, émanées de différents ressorts des Cours d'appel, établira le tableau des magistrats jugés dignes d'avancement ; seuls, les

magistrats portés à ce tableau pourront, au cours de l'année suivante, être promus au grade pour lequel ils sont inscrits.

L'article 19 du décret indiquait la manière dont la commission de classement serait informée : « les premiers présidents et procureurs généraux de chaque Cour d'appel se renseigneront, en prenant l'avis des présidents des tribunaux de première instance et des procureurs de la République, et ces avis seront joints aux propositions.

Le nombre des propositions faites par chaque Cour sera, au maximum, de la moitié, et au minimum du quart des postes de chaque classe existants dans le ressort. Ainsi seront désignés un nombre plus grand de magistrats qu'il n'y a de postes à pourvoir. Ce qui était une nécessité, sous peine de retirer tout rôle à la commission de classement, qui agit au second degré ; celle-ci aura, de la sorte, la faculté du choix, parmi une liste longue et bien remplie, puisqu'elle n'inscrira au tableau d'avancement définitif, qu'un nom sur les deux proposés, en moyenne, par la Cour d'appel.

Une exception est faite à ces dispositions en ce qui concerne les nominations des membres de la Cour de cassation, des premiers présidents et procureurs du tribunal de la Seine.

Le décret de 1908 vint modifier sur quelques points celui de 1906. Le tableau d'avancement, désormais,

sera dressé, sans désignation du poste que les magistrats peuvent être appelés à occuper ; on ne proposera plus un juge pour le poste de président, par exemple : mais pour un avancement quelconque, avec cette limite, qu'il ne pourra résulter de celui-ci une augmentation de traitement de plus de 3.000 fr.

Désormais aussi, le tableau d'avancement ne sera plus dressé par la commission de classement, mais par le garde des Sceaux, sur la proposition de celle-ci ; ce fut là une nouvelle offensive de l'influence du Pouvoir exécutif.

Le besoin de nous limiter pour rester fidèle à notre plan d'ensemble, qui est de montrer comment se comporte le Pouvoir judiciaire en présence des autres Pouvoirs, nous oblige à nous arrêter ici ; nous avons étudié les traits les plus marquants par lesquels se manifeste l'influence de l'Exécutif sur le Judiciaire ; nous laissons les autres, moins importants, dans la brume du tableau ; ils pourraient, à eux seuls, former le sujet d'études fort intéressantes.

CHAPITRE III

Rapport du Pouvoir législatif et du Pouvoir judiciaire

Nous nous sommes proposé d'analyser la situation du Pouvoir judiciaire vis-à-vis des autres pouvoirs.

Nous avons constaté d'abord quelle influence exerce sur celui-ci l'Exécutif, du fait principalement de son intervention dans la nomination et dans l'avancement des magistrats.

Examinons maintenant quelle est la situation du Pouvoir judiciaire vis-à-vis du Législatif.

Sous ce nouvel aspect, il se présente encore dans un état de subordination ; mais, cette subordination n'est pas de même nature que celle qui provient de ses rapports avec l'Exécutif : elle ne naît point tant d'une dépendance véritable, que du fait que le Pouvoir judiciaire se trouve privé d'une partie de ses attributions naturelles ; c'est encore là, en effet, une manière d'être dépendant ; une comparaison, tirée du droit

international nous aidera à préciser notre pensée : l'Etat qui abandonne une partie de ses prérogatives de souveraineté en faveur d'un autre Etat, qui laisse celui-ci devenir le maître de la perception de ses impôts ou de ses douanes, perd ainsi une partie de son indépendance. Ce qui se passe dans le domaine du Droit international, pour ce que l'on a appelé les Etats mi-souverains, existe aussi dans le domaine du Droit public, pour le Pouvoir judiciaire. Celui-ci ne possède pas la plénitude de ses attributions naturelles : sa prérogative essentielle est de veiller à l'application de la loi ; il doit la faire triompher en toutes circonstances. On le voit cependant abandonner cette mission, lorsqu'il se trouve en présence de la loi essentielle, de la loi fondamentale : de la Constitution.

Il laisse alors, entre les mains du Législatif, un pouvoir sur celle-ci, qui peut devenir le plus arbitraire, tout comme ces Etats de l'Orient qui abandonnent aux grandes puissances une partie des droits qui résultent de leur Souveraineté.

La conséquence de cette situation, c'est qu'au lieu d'avoir des pouvoirs séparés, et maîtres chacun d'une portion de la Souveraineté, comme le veut le régime démocratique, l'on n'a, en réalité, qu'un pouvoir vraiment souverain, le Législatif.

« Le Pouvoir ne limite plus le Pouvoir », comme le voulait Montesquieu, mais l'on se trouve en présence

de cette situation définie par M. Larnaude : « juridiquement notre Parlement n'est pas souverain ; politiquement et en fait, il l'est » (1).

On reconnaît les pays libres à l'existence d'une Constitution, laquelle énumère et déclare inviolables les droits individuels, établit aussi les principes généraux, qui dirigeront la vie de société.

Dans la pensée de ses créateurs, la Constitution avait une telle importance, que pour eux le pacte social n'était établi et la société n'était « constituée » qu'à la suite de la naissance de cette constitution ; elle apparaissait comme un rempart contre la toute-puissance de l'Etat, manifestée surtout par le Législatif.

Celui-ci représente, en effet, la puissance sociale, avec ses pouvoirs les plus redoutables, puisqu'il pourra, à tout moment, modifier les droits et les devoirs des individus.

C'était donc un grand progrès vers la liberté que la naissance des Constitutions. Mais quelle illusion, si cette Constitution, une fois née, rien n'assure sa sauvegarde et ne la sanctionne ! — Il en est pourtant ainsi, en France, par le fait que l'on a interdit au Pouvoir judiciaire, la connaissance de la constitutionnalité des lois. La raison de cette restriction des

1. Larnaude, *la Séparation des Pouvoirs et la Justice en France et aux Etats-Unis*.

attributions naturelles du Pouvoir judiciaire est la même que celle qui a déterminé sa subordination vis-à-vis du Pouvoir exécutif. Elle se trouve dans le souvenir des luttes qui, sous l'Ancien Régime, s'élevèrent entre la Monarchie et les Parlements. Ceux-ci s'opposèrent parfois à des réformes nécessaires et, par leur refus d'enregistrer édits et ordonnances, ils tinrent tête au Législatif et à l'Exécutif réunis alors entre les mains du Roi.

Cette résistance du Pouvoir judiciaire, que seuls les lits de Justice et les lettres de cachet pouvaient vaincre, apparut si dangereuse aux réformateurs de la Révolution, qu'ils résolurent de soustraire le Pouvoir politique à ce contrôle, ne remarquant pas, sans doute, qu'un empiétement qui était naturel à une époque où les Pouvoirs n'étaient pas séparés, n'avait aucune raison de se produire dans un Etat renoué par l'application exacte du principe de la Séparation des Pouvoirs.

Si le souvenir du passé ne s'était pas imposé au présent, les hommes de cette époque auraient eu la liberté d'esprit nécessaire pour jeter les yeux vers une démocratie nouvelle qui venait de naître quelques années auparavant, avec l'aide de la France. Chez elle, les principes de Montesquieu, venaient de recevoir une exacte application. Sur l'autre rive de l'Océan, les Etats Unis organisaient leur régime politique, avec calme et sagesse, et leur esprit,

dégagé des préjugés historiques, confiait au Pouvoir judiciaire toutes les attributions, qu'il doit logiquement, posséder.

Aussi, ne nous tenant pas seulement dans l'abstrait, c'est vers ce pays que nous irons chercher l'exemple concret de ce qui nous apparaît comme une garantie de liberté, et grâce auquel nous pourrions faire vérifier, dans les faits, les avantages d'un Pouvoir judiciaire, possédant, en présence du Législatif, la plénitude de ses attributions naturelles.

Aux Etats-Unis, le pouvoir judiciaire jouit d'une importance qu'il n'a pas en France ; les Américains appliquèrent exactement la règle des trois Pouvoirs, et au lieu de considérer, comme chez nous, avec défiance et crainte, le Pouvoir qui, par sa nature même, est le plus faible et le moins dangereux pour la liberté individuelle, ils ont voulu en faire le gardien de cette liberté, en présence des deux puissances formidables que constituent le Législatif, maître de décider quels seront les droits et les devoirs de la société, et l'Exécutif, détenteur du pouvoir de commander et de mettre en mouvement la force sociale. Pour cela, ils ont eu besoin seulement de logique : la mission du Pouvoir judiciaire étant de veiller à l'application de la loi, de la préserver de toute atteinte, ils ont fait de celui-ci le gardien de la Loi par excellence : de la Constitution.

Mais, cette règle serait restée théorique, si les

droits constitutionnels que le Pouvoir judiciaire devait ainsi sauvegarder, n'avaient pas été clairement énumérés. Aussi, les créateurs de la vie politique aux Etats-Unis réalisèrent-ils quelque chose de comparable à notre Déclaration des Droits de l'homme ; ils énumérèrent les droits supérieurs que les citoyens réservaient en acquiesçant au pacte social et déclarèrent le Pouvoir judiciaire gardien de ces droits, plus sacrés encore que ceux proclamés par une loi ordinaire.

La vie de société eut ainsi sa Constitution, et cette Constitution fut sanctionnée : interdisait-elle d'atteindre un citoyen au moyen d'une loi rétroactive, et ce fait se produisait-il cependant, le Pouvoir judiciaire intervenait aussitôt, pour protéger en même temps l'individu et la Constitution, et s'opposait, par son inertie, à l'application de la loi rétroactive.

Que serait, en effet, disaient les publicistes américains, une Constitution qui pourrait être impunément violée ? « La Constitution doit servir de base à l'interprétation des lois, affirmait Hamilton, et toutes les fois qu'il y a une opposition évidente, les lois doivent céder devant la Constitution » (1).

Marschall montrait bien aussi l'illogisme d'une Constitution sans sanction : « Le peuple, disait-il, a

1. *Fédéralist*, p. 29.

un droit originaire d'établir, pour son gouvernement les principes qui, dans son opinion, doivent le conduire au bonheur et à la prospérité. C'est dans la Constitution écrite que se trouvent ces principes fondamentaux, qui tracent aux différents organes leurs pouvoirs respectifs. On y établit la limite dans laquelle ils doivent se mouvoir, et qu'ils ne peuvent transgresser. Mais, les pouvoirs du Législatif étant ainsi définis et limités, et la Constitution étant écrite, pour que ces limites ne soient ni incertaines ni oubliées, à quoi servirait cette limitation, pourquoi aurait-on pris la peine de la matérialiser dans une Constitution écrite, si ces limites peuvent être enfreintes par ceux-là mêmes dont on avait l'intention de restreindre les pouvoirs ? Cette distinction entre les gouvernements à pouvoir limités ou illimités est mise de côté, si ces limites n'arrêtent pas les personnes à qui elles sont imposées, et si les actes qu'on leur a défendus et ceux qu'on leur a permis, sont sur la même ligne. Il n'y a pas de milieu entre ces deux alternatives : ou bien la Constitution est une loi supérieure et souveraine, et il est impossible de la changer par des procédés ordinaires, ou bien elle est sur le même niveau que les actes législatifs proprement dits, et comme ces actes, elle peut être changée, quand il plaît au Législatif de les changer. Si c'est la première partie de l'alternative qui est vraie, dans ce cas un acte législatif contraire à la

Constitution n'est pas une loi ; si c'est alors la dernière, les Constitutions écrites sont d'absurdes tentatives de la part du peuple, de limiter un pouvoir qui est illimité de sa nature » (1).

Et cette logique irréfutable des juristes américains, ne s'arrêtant pas aux mots, mais passant dans les faits, le Pouvoir judiciaire fut confirmé dans sa mission naturelle de gardien de la loi fondamentale : la Constitution, aussi bien que dans celle de gardien des lois ordinaires.

Pourquoi, en France, n'en serait-il pas de même ? Pourquoi le Pouvoir judiciaire se verrait-il privé, dans notre pays, d'attributions naturelles qu'il exerce ailleurs ? Pourquoi conserverait-il vis-à-vis du Législatif une sorte de timidité, qui est aussi contraire à une exacte Séparation des Pouvoirs qu'à la sauvegarde de la liberté individuelle ?

Les sociétés évoluent ; le degré suprême de la perfection n'est jamais atteint, et l'on peut prévoir que ce qui semblait impossible aujourd'hui existera demain. Ne semblait-il pas impossible quelques décades avant la Révolution de modifier d'une façon aussi absolue toute notre vie politique. Aujourd'hui

1. Extrait de l'exposé d'un arrêt par le juge Marschal, traduit par M. Larnaudé. — Aux États-Unis, les arrêts des Cours de Justice ne sont pas seulement motivés, comme ils sont en France, mais aussi précédés d'une exposition — véritable travail doctrinal — des faits qui ont amené l'intervention judiciaire.

la toute-puissance du Législatif a remplacé la toute-puissance du Roi. L'individu doit être protégé contre tous les absolutismes, et après s'être libéré de l'un, il se libèrera de l'autre. Stuart Mill, dans son livre *la Liberté*, montre que c'est bien vers cet idéal que se dirige la société. Les peuples, dit-il, songèrent d'abord à se protéger contre le Pouvoir exécutif. Limiter le Pouvoir législatif leur sembla, au contraire, inutile, puisque celui-ci s'identifiait avec le peuple. Ne semblait-il pas paradoxal de protéger le Peuple contre lui-même ?

Peu à peu cependant, l'expérience et la réflexion aidant, on en vint à analyser cette abstraction « le Peuple », et l'on vit que, dans la réalité, il était divisé en deux parties : une majorité et une minorité. Et il apparut bientôt aux esprits réfléchis qu'il n'y avait qu'une différence de degré et non une différence de nature, entre l'oppression d'un peuple par une caste, ou l'oppression d'une minorité par une majorité. Peu importait le nombre relativement plus grand ou moindre des oppresseurs ou des opprimés ; ce qu'il fallait empêcher, c'était l'oppression elle-même.

Cela parut utile, nécessaire même, non seulement dans l'intérêt des individus, mais aussi dans l'intérêt de la paix intérieure du pays. Et l'on rédigea alors les Constitutions, sortes de digues contre la toute-puissance et l'arbitraire d'où qu'il vint.

La Constitution sembla d'une telle importance, que l'on n'hésita pas à distinguer en deux classes distinctes les gouvernements, suivant qu'ils possédaient ou ne possédaient pas cette Loi supérieure. L'on opposa les uns aux autres les gouvernements à pouvoir limité et les gouvernements à pouvoirs illimités ; les gouvernements constitutionnels et les gouvernements absolutistes.

Tous les pays démocratiques se flattent d'être des premiers. Mais alors que les uns, — les Etats-Unis notamment, — ne se sont pas contentés de s'affirmer tels en théorie, et ont encore veillé à la réalisation de cette règle, en assurant à la Constitution le respect et la sauvegarde qui lui sont dus, les autres, la France parmi eux, se sont bornés à une affirmation théorique. Une règle sans sanction risque cependant de bientôt ne plus en être une ; aussi, qui reconnaît l'importance d'un principe, doit lui donner des garanties d'application.

C'est cette logique que la France n'a pas eue ; contrairement à l'exemple des Etats-Unis, elle n'a point confié au Pouvoir judiciaire, le seul apte à ce soin, la mission de veiller à la sauvegarde des droits individuels, inscrits dans la Constitution. Une institution, qui s'est de plus en plus perfectionnée, mettait pourtant, en France, sur la voie de cette réforme : le « recours pour excès de pouvoir » ; il protège admirablement l'individu contre la toute-puissance de

l'Exécutif, lequel pourrait cependant justifier, pour repousser, à l'instar du Législatif, toute limitation, être lui aussi une délégation, sinon immédiate, du moins médiate du peuple souverain. Pourquoi la même protection des droits individuels n'existerait-elle pas vis-à-vis du Législatif ? C'est que l'évolution, signalée par Stuart Mill, n'est pas encore terminée ; nous ne sommes qu'à la première station du chemin du progrès.

Cette voie n'est peut-être pas aussi facile à suivre que nous semblons le croire. En effet, nous n'avons fait encore que montrer la logique du système qui laisse au Pouvoir judiciaire la plénitude de ses attributions naturelles et lui donne ainsi la mission de veiller à l'application de la Constitution ; nous n'avons point parlé des objections nombreuses qui ont été faites à cette intervention :

Donner au Pouvoir judiciaire la faculté de juger de la conformité des lois et de la Constitution, c'est, dit-on, doter celui-ci d'une mission pour laquelle il n'est pas fait ; c'est l'immiscer dans les luttes politiques qui doivent lui être étrangères. Cette intervention serait non seulement inutile, mais surtout dangereuse. Le rôle propre du Pouvoir judiciaire, c'est de protéger les intérêts privés de l'individu ; il veille à la défense de ses droits les plus chers, de ceux qui assurent sa liberté, son état, son honneur. Mais là s'arrête la mission du Pouvoir judiciaire : lorsque les inté-

rêts privés font place à des intérêts publics, à des intérêts politiques, il doit laisser le Législatif et l'Exécutif intervenir. Telle est l'objection ; mais la réponse est facile lorsque l'on remarque que tous les intérêts publics se ramènent en dernière analyse à des intérêts privés. Du moment que l'on reconnaît au Pouvoir judiciaire la mission de sauvegarder les droits les plus chers de l'individu, l'on ne peut lui interdire, en bonne logique, de se prononcer sur des intérêts publics qui, réagissant sur un individu particulier, deviendront, pour celui-ci, d'un intérêt essentiellement privé. La société n'est quelque chose, qu'autant que l'on voit derrière elle les individus ; et tous les intérêts publics se transforment, en dernière analyse, en intérêts privés, par ce fait qu'ils réagissent toujours sur l'individu.

Mais objecte-t-on encore : donner au Pouvoir judiciaire la connaissance de la Constitutionnalité des lois, c'est intervertir les rôles du Législatif et du Judiciaire. La mission de celui-ci n'est que d'appliquer la loi, et de n'intervenir qu'en conformité avec elle. Donner, au contraire, la faculté au Pouvoir judiciaire de passer les lois au crible de son examen, sous prétexte de sauvegarder la Constitution, serait intervertir les rôles : faire du serviteur de la loi, le maître. Le Pouvoir législatif repousse, de par sa nature, une telle subordination ; bien au contraire, c'est lui qui donne l'occasion au Judiciaire de collaborer à

l'œuvre sociale, en lui fournissant la matière même de ses jugements ; sans lois à appliquer et à interpréter, le Pouvoir judiciaire perdrait sa raison d'être. Celui-ci est donc, sous ce rapport, étroitement soumis au Législatif ; c'est de ce dernier que vient la loi que le juge ne doit jamais entourer d'assez de respect. Un vieil aphorisme traduit cette obligation en disant que le juge doit se prononcer *secundum legem non de legibus*. Et ce principe résulte d'une exacte Séparation des Pouvoirs : le juge doit se borner à appliquer la loi. Admettre le contraire serait revenir aux errements de l'ancien régime : les Parlements s'étaient alors arrogé le droit d'enregistrement, ils donnaient ainsi une sorte d'approbation à la loi. Ce serait faire revivre les arrêts de règlement ; toutes pratiques que l'on ne s'étonne point de trouver à une époque où la Séparation des Pouvoirs n'existait pas ; mais qui, à notre époque, ne pourraient être admises. Le juge ne doit pas être législateur ; tel est le principe fondamental de notre droit public. Le juge doit appliquer la loi telle qu'elle est ; il ne peut se refuser de l'appliquer, sous prétexte qu'elle est injuste, inopportune, contraire à l'utilité sociale ; ce serait la porte ouverte à tous les conflits et à toutes les luttes de pouvoirs.

Telle est l'objection, pour qu'elle atteigne son but, il faudrait montrer, que donner au Pouvoir judiciaire connaissance de la Constitutionnalité des lois,

c'est méconnaître les rapports de subordination étroits qui lient le magistrat à la loi. Or, n'est-il pas plus facile de prouver le contraire ? De ce que le juge doit observer fidèlement la loi, et avoir pour elle le respect le plus absolu, ne résulte-t-il pas qu'il ne doit prêter son concours à rien qui la violerait ? Or, appliquer certaines lois, ce peut être violer la Loi par excellence, la Constitution. Toute la question de la Constitutionnalité des lois se ramène donc à savoir à laquelle de deux lois contraires le Pouvoir judiciaire devra prêter son concours. La raison répond, à celle qui a été, à son origine, entourée de plus de garanties et plus solennellement proclamée. Il apparaît donc que, donner au Pouvoir judiciaire la connaissance de la Constitutionnalité des lois n'est pas méconnaître pour cela l'obéissance nécessaire du juge à la loi ; c'est au contraire une résultante de cette fidélité : si le Pouvoir judiciaire doit obéir à une simple loi, combien, *a fortiori*, ne doit-il pas obéir à la loi qui domine toutes les autres, à la Constitution.

Une autre objection est plus importante. Elle semble considérable au premier abord, tant qu'une réponse très simple n'y a pas été faite. Donner au Pouvoir judiciaire la connaissance de la Constitutionnalité de la loi, c'est ruiner l'équilibre des pouvoirs, — qui existe dans nos sociétés libres, — au profit d'un seul, qui devient le seul Pouvoir souve-

rain. Il sera loisible au Pouvoir judiciaire d'arrêter toutes les lois, et de ce fait toutes les réformes qui en naîtraient ; de plonger ainsi la société dans une stagnation dangereuse ; il n'aura qu'à arguer de l'opposition de la loi à la Constitution.

Préférer d'ailleurs une Constitution vieillie et parfois démodée à une loi nouvelle, faite pour des besoins actuels, cela est contraire à la logique même de la vie de société. Les besoins et les aspirations de celle-ci évoluent ; tels principes universellement reconnus et proclamés aujourd'hui, sembleront demain contestables ; tels autres non proclamés jusqu'alors, parce que leur utilité ne s'était pas encore fait sentir, s'imposeront un jour, en raison des changements sociaux. Un exemple : après cette longue et coûteuse guerre, une loi qui supprimerait l'héritage en ligne indirecte pourrait se justifier par la nécessité de décharger plus rapidement les générations actuelles de l'immense fardeau que seront pour elles des dépenses dépassant la centaine de milliards. Ce serait là une nécessité nouvelle, née des circonstances. Or, une pareille loi atteindrait le droit individuel à la propriété et à la libre disposition de ses biens, proclamé dans toutes les Constitutions ; elle pourrait être rendue ainsi inapplicable, par un Pouvoir judiciaire, juge de la Constitutionnalité ; cette loi, cependant, reposerait peut-être sur un besoin véritable, se justifiant par des prin-

cipes nouveaux de solidarité sociale, tout en laissant subsister le puissant mobile d'activité que constitue l'héritage en ligne directe.

C'est le rôle du Législatif de présider à cette évolution de l'organisation sociale ; de doter une société des lois qui lui conviennent, et d'adapter les principes directeurs de la vie sociale aux nécessités actuelles. Mais cette mission, le Législatif ne pourrait pas l'accomplir, toutes les fois qu'il y aurait conflit entre lui-même et la Constitution ; celle-ci devrait, grâce au Pouvoir judiciaire, l'emporter. Ce serait créer un conflit sans issue entre le Passé et le Présent.

Voici l'objection dans toute son ampleur. Sa réfutation sera moins longue que son exposition. Conserver au Pouvoir judiciaire son attribution naturelle de veiller au respect de la Constitution, comme à celui de toutes les autres lois, ce n'est pas condamner la Société à la stagnation. Celle-ci aura toujours un moyen de faire évoluer ses principes directeurs suivant ses besoins actuels : modifier la Constitution elle-même. Et la procédure en est facile. Lorsqu'une loi contraire à la Constitution sera votée, deux cas peuvent se présenter : ou bien cette loi nouvelle répond à un besoin véritable ; c'est la Constitution qui doit être modifiée ; dans ce cas le conflit entre le Législatif et le Judiciaire cessera par une nouvelle décision des deux Chambres réunies en Congrès et

possédant ainsi le pouvoir de modifier la Constitution ; ou bien, la loi à laquelle s'oppose le Pouvoir judiciaire n'a été votée que sous l'influence d'entraînements politiques passagers, sans qu'elle réponde à un besoin véritable, et alors, il sera utile que l'obéissance du Pouvoir judiciaire à la Constitution retarde pour quelques moments l'application de cette loi, laissant ainsi au Législatif le temps d'une réflexion plus longue, et lui permettant de résister mieux, dans l'intérêt même de l'ordre politique établi, aux emballements démagogiques, tout en lui conservant cependant la faculté, si la loi qu'il veut faire triompher répond à un besoin profond, de recourir à la procédure de révision. Celle-ci assurera la prépondérance du Législatif. Le Pouvoir judiciaire aura seulement rempli la fonction de frein, de modérateur, utile dans tous les organismes politiques, mais peut-être davantage encore dans les démocraties où le pouvoir passe de mains en mains suivant les caprices de l'opinion, et où les conflits naissent souvent de l'opposition des partis et des intérêts. Et c'est en se plaçant à ce point de vue, que certains auteurs ont prétendu qu'un centre de stabilité étant indispensable à toute société, doit se trouver en République, dans le Pouvoir judiciaire, alors que la Monarchie le place dans le principe d'autorité s'identifiant avec le Roi.

Pourquoi certains esprits regardent-ils cependant

la faculté laissée au Pouvoir judiciaire de ne pas prêter son concours à des lois violatrices de la Constitution, comme un danger pour notre vie politique ? ils oublient que le principe même de la non-valeur des lois contraires à la Constitution est essentiellement français et essentiellement démocratique. La Révolution le proclama, et un grand nombre de ses orateurs affirmèrent qu'on n'est jamais tenu d'obéir aux lois oppressives.

Et quelles sont celles-ci, sinon celles qui contraignent les droits essentiels que l'individu s'est réservés en entrant dans la société, en acquiesçant au pacte social, et qu'il a pris soin d'inscrire pour plus de garantie, dans une Constitution. Cette Constitution protectrice fait une nomenclature plus ou moins complète de ces droits : inviolabilité de la propriété, non-rétroactivité des lois en général, égale répartition de l'impôt suivant la fortune, inviolabilité du domicile, liberté de conscience, droit de réunion et d'association ; tous droits qui s'imposent au Législatif, représentant la société, car, disaient les Constituants, disciples de Rousseau, l'homme a des droits antérieurs à la société, et celle-ci n'est organisée que par un contrat qui ne peut subsister que s'il est respecté.

Si le principe de la non-valeur des lois, contraires à la Constitution, est dans les traditions démocratiques, on doit remarquer cependant que la sanction de ce principe n'a pas été confiée, par les hommes

de la Révolution, au Pouvoir judiciaire. L'on était trop près encore des errements de l'Ancien Régime, et les empiétements du Pouvoir judiciaire étaient trop présents à toutes les mémoires, pour que l'on confiât à celui-ci la mission qui lui est cependant naturelle : de veiller à l'observation de la loi fondamentale. L'on eut recours à un moyen beaucoup plus violent et beaucoup plus extrême, et par ce fait même, presque inapplicable et très dangereux.

Au lieu de confier à un corps établi, et offrant ainsi des garanties, l'on donna à l'individu lui-même, le droit de s'opposer aux lois qui violeraient le pacte social. La Déclaration de 1789, puis celle de 1793, proclamèrent ce « droit de résistance » aux lois oppressives. Mirabeau soutenait ce principe à l'Assemblée constituante, et plus tard Benjamin Constant obtenait l'approbation de tous, en déclarant qu'on n'est jamais tenu d'obéir aux lois qui violent la liberté.

Le texte le plus clair qui établit cette conception démocratique est peut-être l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme qui dit : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, n'a pas de Constitution ». Puis la Déclaration ajoute, comme suite à cette sage affirmation : « le Pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte, et mette obstacle à l'exercice des droits naturels et civils, consignés dans

le présent titre, et garantis par la Constitution ».

La Déclaration des Droits de 1793 déclare à son tour, dans ses articles 33 et 35 :

« La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme.

« Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque partie du peuple, le plus sacré des droits, et le plus indispensable des devoirs. »

Mais ce n'étaient là que des principes purement théoriques qui, appliqués n'auraient été que des germes de guerre civile.

Cette liberté, laissée à l'individu, de s'insurger contre les lois qui violent le pacte constitutionnel de la société, est infiniment dangereuse. Aussi, l'on s'aperçut vite du danger qu'il y aurait de laisser à chaque citoyen l'appréciation arbitraire des lois violatrices de la Constitution, et l'on comprit qu'il était beaucoup plus sûr, pour le maintien de l'ordre et de la sécurité publique, de confier cette prérogative à une institution offrant des garanties.

Sieyès proposa de confier l'examen de la conformité des lois et de la Constitution, à la nation elle-même, par l'intermédiaire de représentants investis de cette mission spéciale, de veiller à la sauvegarde des principes de la Déclaration : « Je demande, disait-il, un jury de Constitution ou pour franciser un peu le mot jury... une jurie constitutionnaire ; c'est

un véritable corps de représentants que je demande, avec mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la Constitution » (1),

Mais son projet ne se réalisa pas.

La protection de l'individu contre l'arbitraire des lois apparaissait cependant si nécessaire, pour assurer la sauvegarde entière des droits individuels, nouvellement proclamés, qu'un nouvel essai en ce sens fut tenté.

La Constitution du 22 frimaire, an VIII, dans son titre II, institua un Sénat-conservateur qui eut pour principale mission, suivant les termes de l'article 21, de maintenir ou d'annuler « tous les actes qui lui sont déferés comme inconstitutionnels, par le tribunal ou le gouvernement ».

Mais, ce ne fut là qu'une législation passagère, et la France ne parvint pas à faire sortir de la pure théorie le principe qu'elle avait proclamé : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée n'a pas de Constitution », c'est-à-dire, n'est pas un Etat libre.

La Révolution avait fait ainsi fausse voie dans ses essais pour garantir, par une sanction, les droits individuels. Avec une imprudente audace, elle était allée jusqu'à proclamer pour « chaque portion du peuple » le droit d'insurrection ; mais elle n'avait

1. Discours à la Convention, le 2 thermidor, an.

pas songé que le seul moyen de n'avoir point à se prononcer sur la légitimité d'une émeute, c'est de la rendre inutile, en donnant aux individus des garanties sérieuses contre tout excès, par le moyen d'une Constitution claire, dont les lois fondamentales seront placées, comme toutes les autres sous la sauvegarde du Pouvoir judiciaire.

Nous avons montré le mal dans tout son danger théorique ; en fait, il n'a point empêché la société de vivre, et les lois, faisant litière des droits proclamés par la Révolution, furent rares. Nous avons montré aussi le remède et pourquoi ce serait un grand progrès que de laisser au Pouvoir judiciaire la plénitude de ses attributions naturelles, en lui donnant le soin de faire respecter la Loi constitutionnelle, comme il a déjà la mission de faire respecter toutes les autres ; une telle réforme serait logique, d'accord aussi avec une Séparation des Pouvoirs, chaque pouvoir agissant dans toute l'étendue de sa sphère naturelle, et ainsi, « Le Pouvoir limitant le Pouvoir », pour la meilleure sauvegarde des droits de l'individu, comme le voulait Montesquieu.

En France cependant, à l'heure actuelle, cette réforme ne sera guère possible, tant qu'une autre n'aura pas été réalisée. Pour confier au Pouvoir judiciaire la mission d'assurer le respect des droits constitutionnels, la première condition est que ces droits soient nettement énoncés, c'est-à-dire qu'une

Constitution claire existe. Or la Constitution française actuelle, celle de 1875, n'énumère pas les droits individuels.

Certains auteurs, il est vrai, prétendent qu'une nouvelle Constitution ne serait pas nécessaire, car, à leur avis, la Déclaration des Droits de 1789 n'a jamais été abrogée ; elle continuerait à régir les rapports de l'Individu et de la Société ; ce serait même pour cette raison* que les lois constitutionnelles de 1875 ne se sont pas donné la peine d'une nouvelle énumération des Droits de l'homme ; les principes de 89 seraient d'une telle importance qu'ils auraient continué à dominer toutes les Constitutions françaises depuis la Révolution.

De plus, avec ou sans Constitution nouvelle, une modification des règles de notre droit politique serait nécessaire, pour donner au Pouvoir judiciaire la faculté d'assurer le respect des droits constitutionnels. Ce résultat pourrait être obtenu, sans qu'il y ait aucune apparence d'empiétement du Judiciaire sur le Législatif : l'exemple des Etats-Unis nous le prouve. Dans ce pays, la Cour suprême n'intervient pas d'office pour examiner si l'acte législatif est conforme à la Constitution. Il faut qu'il y ait un procès soulevé par un particulier. De plus, la Cour ne rend pas une décision générale qui annule la loi ; son arrêt est une décision d'espèce, qui n'a aucune valeur réglementaire. La loi subsiste, en vertu du

principe de l'indépendance des deux pouvoirs ; aucun de ceux-ci ne se soumet à l'autre. Mais la loi, ne trouvant plus d'application, devient un corps sans âme.

Le Pouvoir judiciaire n'aurait pas le droit d'annuler la loi, il se bornerait à en appliquer une autre supérieure. Un exemple : l'article 2 de notre Code civil contient : « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. » C'est là une règle, par sa nature, essentiellement constitutionnelle, et que personne ne s'étonnerait de voir dans notre Constitution, puisque c'est une disposition d'une importance considérable, pour la liberté individuelle. Ne semblerait-il pas naturel et en accord avec une exacte Séparation des Pouvoirs, qu'un citoyen, condamné en vertu d'une loi rétroactive, s'adressât au Pouvoir judiciaire pour obtenir le respect de son droit individuel. Et le Pouvoir judiciaire semblerait-il usurper des attributions qu'il ne doit pas posséder, si, après avoir constaté la rétroactivité véritable de la loi, il décidait, non point de la déclarer nulle, mais de passer outre.

Dans notre Droit public actuel, cependant, une telle prérogative, si logique soit-elle, est interdite au Pouvoir judiciaire. Non seulement celui-ci n'a pas le droit d'assurer la sauvegarde des principes inscrits dans la Constitution, mais dans le cas même où cette prérogative lui serait confiée, il resterait cepen-

dant sans action pour assurer aux citoyens l'application du principe de la non-rétroactivité des lois. Celui-ci n'est en effet énoncé que par l'article 2 du Code civil, déjà cité, et par l'article 4 du Code pénal : « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi, avant qu'ils fussent commis ». Il n'est donc point formulé par la Constitution, et toute loi du Pouvoir législatif peut lui porter atteinte (1) ce qui peut aboutir dans certains cas à la violation des droits les plus sacrés de l'individu, bien que dans d'autres la légitimité et la nécessité de la rétroactivité soient reconnues par presque tous les auteurs (2).

Les attributions naturelles du Pouvoir judiciaire, se trouvent donc restreintes et cela, avec d'autant moins d'excuses et de nécessité, que parmi les trois Pouvoirs en lesquels, dans un pays libre, se décompose la force sociale, le Pouvoir judiciaire est le moins dangereux. Sa mission naturelle devrait être d'autant moins limitée, que la nature même de ses fonctions, restreint d'une façon considérable la possibilité de ses empiétements. Que l'on compare ses moyens d'influence, avec ceux du Législatif et de l'Exécutif.

1. Le principe de la non-rétroactivité des lois ne lie pas, dans l'organisation politique française, le législateur (Cassation, 15 avril 1863. D. 63, 1-401).

2. Dans le cas de lois de compétence ; lois interprétatives ; lois sur la forme des actes ; lois d'organisation judiciaires ; lois répressives plus douces, etc...

Ce dernier possède la plénitude de l'action ; il prête sa vie propre aux autres Pouvoirs, en faisant exécuter leurs décisions ; au centre même de la société, c'est lui qui commande ; c'est lui aussi qui possède et distribue les honneurs. Quant au Législatif, il a la prérogative considérable de pouvoir, suivant les nécessités, les besoins ou les opinions du moment, modifier le pacte social, déclarer ce qui sera permis ou défendu, étendre ou restreindre les droits ou les devoirs de la société et de l'individu. Et cette force qu'est l'argent dans nos sociétés parvenues à la phase économique, il en sera maître, puisqu'il dispose du budget.

Le Pouvoir judiciaire ne possède au contraire aucune de ces initiatives : serviteur seulement de la société de l'individu, il n'entre en mouvement que lorsqu'il en est requis. Il ne réglera toujours que des cas individuels et restera sans action sur l'organisation de la vie sociale. L'on a pu dire de lui qu'il n'avait ni force, ni volonté, mais simplement du jugement ; et pour que cette faculté elle-même se transforme en réalité, il lui faudra l'aide de l'Exécutif.

L'on peut redire, en lui donnant un sens nouveau, mais réel, la phrase de Montesquieu : « Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle. » (1)

1. *Esprit des Loix*, liv. XI, ch. VI.

Et c'est cependant contre ce pouvoir que, dans notre droit public français, toutes les précautions et toutes les limitations ont été prises, du fait de la crainte persistante de quelque chose qui est pourtant bien mort et qui ne pourrait revivre dans notre société, issue de la Révolution : les empiètements anciens des Parlements.

L'aspiration vers la liberté, et le besoin de protection contre l'arbitraire, d'où qu'il vienne, sont une des caractéristiques de l'homme civilisé. Celui-ci, doué d'une individualité propre, et d'un « moi » indépendant, ne trouve sa fin la plus impérieuse que dans la liberté. Aussi, n'est-il pas étonnant de constater, qu'à mesure que l'homme se perfectionne et qu'il réalise mieux son idéal, l'idée de liberté lui devient plus chère, et qu'il exige de la société où il vit, une meilleure organisation et une plus ferme garantie de cette liberté, qui évolue et se perfectionne ainsi. Organisation et garantie nécessaires, car cette liberté, pour pouvoir subsister, a besoin d'être réglementée, et préservée contre les excès.

Mais, quels que soient les progrès accomplis, affirmer que notre société démocratique actuelle est arrivée au degré suprême d'organisation et de garantie de cette liberté, serait être présomptueux. Le chemin parcouru est certes, très considérable. Il est facile d'en marquer les principales étapes.

Ce fut d'abord l'affirmation du principe de la

Séparation des Pouvoirs : puis sa réalisation, imparfaite peut-être, mais donnant cependant à l'individu des garanties précieuses ; le Pouvoir cessa d'être réuni dans les mêmes mains. Jusqu'alors, il ne formait qu'un bloc, et que cette force immense fût entre les mains d'un Roi, d'une caste ou du peuple, l'individu était écrasé.

Une seconde étape fut marquée par la naissance des Constitutions écrites. Elles s'efforcèrent de rédiger la liste des droits inviolables des citoyens, pour que ceux-ci fussent protégés contre l'arbitraire qui naît de l'imprécision des droits de l'Etat.

La loi, dans la première organisation de la Société, pouvait tout ; la Constitution vint restreindre son pouvoir, en lui interdisant certains terrains réservés, où l'individu restait seul maître : les lois furent limitées par une Loi supérieure. Cette conception d'une Constitution, limitative des droits du Pouvoir social, rempart ultime que l'individu met entre lui et la collectivité, répond à un besoin d'une nature si vivace, qu'elle ne s'est jamais éteinte, même aux époques où cette liberté individuelle semble le plus affaiblie. Notre ancienne France connaissait ces sortes de principes constitutionnels sous le nom de « lois fondamentales du Royaume » qui représentaient un certain nombre de principes de Droit public, s'imposant au Souverain. Elles s'opposaient aux « lois du Roi », qui pouvaient être librement modifiées, alors

que les premières étaient, en principe, hors de l'atteinte du Monarque.

La Révolution réalisa la Séparation des Pouvoirs et donna naissance aux Constitutions : l'Assemblée constituante déclara que : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, n'a pas de Constitution. »

Mais la réalisation pratique ne vint pas ; la troisième étape vers la protection complète de la liberté individuelle n'a pas encore été franchie. Il ne suffit pas de poser un principe, il faut le faire descendre du domaine des idées où il prend naissance, dans la réalité, où seul il peut être utile.

C'est l'exemple que nous ont donné les Etats-Unis ; c'est l'exemple qui, jusqu'à ce jour, n'a pas été suivi en France.

Pour nous résumer et donner plus de poids à ces lignes, nous terminerons cette partie de notre étude par quelques citations. La première est d'Hamilton, extraite du *Fédéralist* (1) ; elle montre bien toute la logique et toute la nécessité de la situation que nous voudrions voir exister entre le Législatif et le Judiciaire.

En écrivant ces lignes, Hamilton ne songeait qu'aux Etats-Unis ; mais la raison humaine est la même partout, et les principes bien établis conservent

i. Hamilton, *le Fédéralist* (lettre LXXVIII) (78).

leurs pouvoirs, hors des frontières des pays et des limites terrestres : « Il n'y a pas d'idée, disait-il, qui repose sur des principes plus évidents, que la nullité de tout acte accompli par une autorité déléguée, en violation du mandat qu'elle a reçu. Par conséquent, aucun acte législatif contraire à la Constitution ne peut être valide. Le nier serait affirmer que le mandataire a plus de droits que son mandant ; que le serviteur est au-dessus de son maître, que le représentant du peuple est au-dessus du peuple lui-même ; que des hommes, agissant en vertu de pouvoirs définis, peuvent faire non seulement ce que leurs pouvoirs n'autorisent pas, mais ce qu'ils défendent. »

Mais quel organe aura le Pouvoir de dire ce qui est d'accord avec la Constitution, ou ce qui lui est contraire ? Hamilton répond avec sa logique habituelle : « L'interprétation des lois est le domaine des tribunaux. Or, une Constitution est, et doit être regardée par les juges comme une loi fondamentale. Il doit, par conséquent, leur appartenir de fixer son sens, aussi bien que le sens de toute loi particulière, provenant du Corps législatif. S'ils rencontrent un désaccord irréconciliable entre les deux textes, ils devront, bien entendu, préférer celui qui dérive d'une autorité supérieure ; en un mot préférer la Constitution aux lois, l'intention du peuple, à l'intention de ses délégués. »

Ces vues claires ne sont pas le privilège des

auteurs américains. En France, des penseurs éminents appuient la thèse que nous défendons : « Je ne sais, disait Tocqueville, si cette manière d'agir des tribunaux américains, en même temps qu'elle est la plus favorable à l'ordre public, n'est pas aussi la plus favorable à la liberté (1). »

Et Louis Blanc, peu suspect de manquer de libéralisme, écrivait : « Il faut chercher un frein à ce despotisme de la loi, plus redoutable quelquefois et plus vaste que le despotisme de l'homme... Ce frein a été trouvé par la Constitution des Etats-Unis... En France, nous proposons de donner au Pouvoir judiciaire le droit d'annuler dans leur application partielle les lois qui paraîtraient inconstitutionnelles. On mettrait ainsi à côté du Législatif, un pouvoir assez fort pour le modérer, et trop faible pour le combattre. » (2)

Cette théorie n'est d'ailleurs qu'une conséquence du principe essentiellement moderne, suivant lequel un pouvoir ne peut agir avec efficacité et ne peut obliger les individus que s'il ne dépasse pas ses attributions naturelles. Cela semble tout naturel et tout simple, lorsqu'il s'agit des autres branches du droit ; pourquoi n'en serait-il pas de même en matière législative ? Pourquoi n'admettrait-on pas

1. Tocqueville, *Démocratie en Amérique*, ch. VI, p. 170.

2. Louis Blanc, *De la Pairie en France. Question d'aujourd'hui et de demain*, 2^{me} série, p. 106.

qu'il y a des lois viciées, parce qu'elles sont inconstitutionnelles « comme il y a dans notre droit des règlements que les tribunaux judiciaires peuvent refuser d'appliquer lorsqu'ils estiment qu'ils sont illégaux (1), comme il y a des actes juridiques qui ne valent rien, parce qu'ils ne réunissent pas les conditions de validité imposées par la loi. » (2)

Ces raisons qui nous ont rendu partisan du système de la Constitutionnalité, tel que l'exemple concret, nous en est donné par la grande démocratie américaine, il ne faut pas s'étonner de les voir attaquées par la doctrine allemande. Celle-ci, par la voix de plusieurs auteurs, de Stahl notamment, se plaçant tout à l'opposé de la doctrine libérale des Etats-Unis, refuse d'admettre aucune limite à l'absolutisme de l'Etat. Sous des raisonnements qui voudraient être spécieux, l'Individu est écrasé; ses droits les plus nécessaires disparaissent si la volonté de l'Etat l'exige. « La puissance de l'Etat est essentiel-

1. ART. 481-15°, du Code pénal : « Seront punis d'amende, depuis un franc jusqu'à cinq francs inclusivement, ceux qui auront contrevenu aux règlements « légalement » faits par l'autorité administrative ».

2. Larnaude, *Etude sur les garanties judiciaires qui existent dans certains pays, au profit des particuliers, vis-à-vis des actes du Pouvoir législatif*, p. 4, (*Bulletin de la Société de Législation comparée*). Malgré cette citation, M. Larnaude n'est point partisan de l'adoption, en France, de la règle américaine; il craindrait qu'elle ne brisât l'harmonie de notre Droit public, tel qu'il résulte de notre évolution historique.

lement une, comme toute personne, comme toute volonté, dit Stahl (1). Elle ne peut être divisée en plusieurs Pouvoirs et en plusieurs sujets, mais elle constitue un seul sujet, une seule personne. » Aussi que l'individu, par quelque prétention a des droits individuels, ne vienne pas briser cette unité ; ce serait la mort de l'Etat qui, privé de la Souveraineté, sa véritable caractéristique, disparaîtrait !

Cette doctrine nie d'abord l'existence du Pouvoir judiciaire ainsi d'ailleurs que celle des autres Pouvoirs : ce qu'on appelle les trois Pouvoirs ne sont que des manifestations diverses de l'Etat un et souverain : le Pouvoir législatif n'est que l'Etat émettant ou changeant la loi ; le Pouvoir exécutif c'est l'Etat commandant en vertu de la loi, et le Pouvoir judiciaire, c'est encore l'Etat, s'introduisant dans la sphère des droits des individus pour rétablir l'empire de la loi violée. Ce ne sont point des pouvoirs distincts, mais « une manifestation différente de la puissance unique qui réside dans le Souverain. » L'Etat est aussi au-dessus du Pouvoir judiciaire que « le tribunal d'appel (Obergericht) est au-dessus du tribunal d'instance (Untergericht) et la Confédération germanique au-dessus des Etats confédérés. » Seule la silhouette du Souverain se dresse, dominant les

1. Stahl, *Philosophie du Droit* ; 2^e partie *la Science de l'Etat* ; ch. V (traduction Fuziér-Hermann).

individus écrasés ; il a tous les droits : « Le Souverain ne peut être contraint à rien, et il ne saurait exister aucune autorité qui, en dehors de lui, pût quelque chose sur l'ensemble du gouvernement » (1).

Aussi, *a fortiori*, cette doctrine ne conçoit-elle pas que l'on puisse reconnaître à la Justice la faculté de préserver l'individu de l'arbitraire, grâce à la pratique de la Constitutionnalité. Ussing (2), cite ce passage bien caractéristique de Stahl : « Si l'on pouvait concevoir une organisation où le Pouvoir judiciaire aurait le droit de juger entre la puissance publique et les sujets, lorsque ceux-ci allégueraient que leurs droits ont été lésés, l'Etat cesserait d'être l'Etat et perdrait sa souveraineté morale sur les individus : ses actes ne seraient plus les actes de l'autorité supérieure ; il n'aurait plus la situation de Souverain sur ses sujets... tandis que les sujets cesseraient de faire partie intégrante de cet ensemble moral qui s'appelle l'Etat, pour n'être plus que des sujets de droit, indépendants et sans lien entre eux, en face d'un autre sujet de droit de même nature qu'eux. » Cette théorie d'absolutisme ne peut être admise en France : elle est au pôle extrême de la théorie de la Constitutionnalité, dont nous venons de montrer les

1. Stahl, *la Science de l'Etat*. — Fuzier-Herman, *Séparation des Pouvoirs*, p. 595-596.

2. Ussing, *le Contentieux administratif*. Traduction Dareste, p. 34.

avantages. C'est ainsi une nouvelle raison pour considérer cette dernière comme un degré plus élevé vers la réalisation complète du Droit et de la Liberté individuelle.

CONCLUSIONS

I. — L'inamovibilité donne au Pouvoir judiciaire la caractéristique d'un Pouvoir séparé.

Nous avons étudié les rapports du Pouvoir judiciaire avec les autres Pouvoirs, avec l'Exécutif, puis avec le Législatif. Nous nous sommes arrêté aux rapports les plus essentiels, le besoin de nous limiter nous ayant fait laisser de côté les autres.

Ces rapports sont des rapports de subordination : que ce soit la nomination des magistrats et leur avancement, confiés au Pouvoir exécutif, ou que ce soit le silence respectueux des tribunaux, en présence des actes du Législatif qui violeraient les droits constitutionnels, le Pouvoir judiciaire nous apparaît toujours dans une situation de dépendance vis-à-vis des autres Pouvoirs. La question que nous avons posée au début de cet ouvrage se présente donc de nouveau avec plus de force : le Pouvoir judiciaire est-il vraiment un Pouvoir séparé et autonome ? ou

ne semble-t-il pas plutôt qu'il faille adopter l'opinion de ceux qui, n'admettant que deux Pouvoirs, le Pouvoir qui fait la loi et celui qui la fait exécuter, le Législatif et l'Exécutif, ne voient dans le Judiciaire qu'une branche de l'Exécutif.

Nous ne le pensons pas : en dehors de toutes les raisons que nous avons données, pour justifier la division en trois Pouvoirs, un caractère particulier au Pouvoir judiciaire suffit à établir qu'il est bien un Pouvoir distinct. Ce caractère, c'est l'inamovibilité.

Celle-ci rétablit l'équilibre qui menaçait de se rompre, et fait naître une différence de nature indéniable entre la Justice et les autres branches de l'Administration. La qualité la plus importante à laquelle on reconnaît un Pouvoir distinct, c'est l'indépendance. Or, l'inamovibilité des magistrats, privilège unique, inconnu de tous les autres représentants de la Force sociale, dote le Pouvoir judiciaire de cette indépendance caractéristique d'un pouvoir autonome.

L'inamovibilité rachète tous les rapports de subordination, précédemment étudiés qui, sans elle, feraient du Pouvoir judiciaire une dépendance des autres Pouvoirs. Elle confère à celui-ci une situation à part, unique, et d'autant plus considérable qu'elle semble aller à l'encontre de tous les principes qui règlent la vie des organes de l'Etat, dans un pays démocratique.

Alors que les Pouvoirs émanent de la Souveraineté populaire, et sont, pour cette raison, soumis aux fluctuations de l'opinion publique, manifestée par l'élection ; alors que les membres du Législatif ne sont nommés que pour une période déterminée ; que l'Exécutif, dans sa partie supérieure, le gouvernement, a des fluctuations et des changements encore plus fréquents ; que les autres fonctionnaires sont à la merci de leurs chefs hiérarchiques ; seuls les membres du Pouvoir judiciaire restent stables, toujours à leur poste, et maîtres d'y demeurer tant qu'ils observeront les règles du droit ; libres même de refuser tout déplacement qu'ils n'auraient pas accepté. « Les membres de la Magistrature assise ont une sorte de propriété de siège qui leur assure une très forte possession de leur titre, et même de leur emploi. Ils ne peuvent être déplacés, même pour un emploi équivalent, que sur l'avis du Conseil supérieur de la Magistrature ; ils ne peuvent non plus être mis à la retraite d'office, même pour infirmités graves, que sur l'avis conforme de ce Conseil supérieur » (1). Cet ensemble de prérogatives constitue l'inamovibilité que l'on peut définir : « La situation du magistrat qui ne peut être destitué, suspendu ou déplacé, par la seule volonté du gouvernement, mais par la juridiction disciplinaire, tenant ses pouvoirs

1. Hauriou, *Précis de Droit administratif*.

de la loi, et que le gouvernement a seul le droit de mettre en mouvement. Le magistrat inamovible peut être mis à la retraite, mais seulement pour les causes et dans les formes déterminées par la loi » (1).

L'inamovibilité est donc une garantie spéciale, qui fait du représentant du Pouvoir judiciaire, parmi tous les fonctionnaires variés qui assurent le développement de la vie sociale, quelqu'un d'unique ; alors que tous ceux-ci dépendent étroitement de l'administration qui les a nommés et peut les révoquer, le magistrat est seul inamovible. Comment expliquer cette différence, sinon par le fait que le Magistrat est l'expression d'un Pouvoir distinct et séparé et qu'il représente, alors que les autres fonctionnaires ne sont que les agents du Pouvoir exécutif, le Pouvoir judiciaire ; pouvoir auquel un rôle si important est confié : veiller à la sûreté des personnes et des biens, qu'il a paru nécessaire de lui donner un privilège spécial, pour assurer son indépendance, et par là un fidèle accomplissement de sa mission.

L'inamovibilité apparaît ainsi en rapport étroit avec l'indépendance du Pouvoir judiciaire. L'une et l'autre ne sont guère qu'une même qualité, vue sous deux aspects différents. La raison d'être de l'inamovibilité est le besoin d'assurer l'indépendance des magistrats, et sans cette indépendance, la Séparation

1. Massabiau, *Manuel du ministère public*, p. 45.

des Pouvoirs resterait un vain mot, alors qu'avec l'inamovibilité, elle se trouve réalisée d'une façon suffisante, pour la plus grande sauvegarde des droits individuels. Une vérité d'expérience s'est imposée : à savoir que, pour assurer à la Loi son application impartiale, il fallait donner au Pouvoir chargé de cette application, la fixité et l'immuabilité de la Loi elle-même ; vérité qui s'impose avec d'autant plus de force que la vie de société se perfectionne, c'est-à-dire que l'arbitraire et l'absolutisme diminuent, mais qui était reconnue déjà à une époque plus ancienne : au xvi^e siècle, Jean Bodin écrivait dans sa langue imagée : « Si l'état de magistrat est perpétuel, il s'assurera et commandera avec dignité ; il fera tête aux méchants, et prêtera l'épaule aux gens de bien ; il vengera les outrages des affligés ; il résistera à la violence des tyrans, sans crainte qu'on le dépouille de son état, s'il n'a forfait ».

L'on a contesté cependant le rapport étroit qui unit inamovibilité et indépendance. Sans aller jusqu'à nier que ce privilège plaçât le Pouvoir judiciaire dans une situation bien à part, qui en faisait un Pouvoir autonome, certains ont prétendu que c'était là une garantie inefficace, qui n'atteignait pas le but qui lui était fixé. L'indépendance existe, disent ceux-là, dans l'âme même du magistrat ; elle provient de sa noblesse, de son caractère, de son dégoût pour quelques avantages d'honneur ou d'argent corrup-

teurs. Mais elle ne saurait venir d'une règle extérieure, qui ne pourra changer un cœur vil en une conscience droite ; chacun restera, magistrat, ce qu'il était simple citoyen ; indépendant ou servile, corruptible ou intègre.

C'est là une façon de raisonner qu'on ne peut admettre ; c'est méconnaître que les institutions ont une action sur les individus ; c'est oublier qu'elles peuvent favoriser leurs bons ou leurs mauvais penchants, rendre parfois plus difficiles leurs vices, et plus faciles leurs vertus.

L'institution de l'inamovibilité répond à cette préoccupation. Si l'on peut convenir qu'elle ne changera pas la nature intime de l'homme, l'on ne saurait nier qu'elle aura une action heureuse et forte sur les caractères faibles, sur ceux qui ne trouveraient pas en eux-mêmes le courage d'appliquer impartialement la loi, dans le grave conflit entre l'intérêt personnel et le devoir, et qui, s'ils étaient exposés à subir les inconvénients de cette impartialité, ne sauraient la maintenir quand même ; mais qui, protégés au contraire contre toute atteinte, retrouveront le courage et la force de ne connaître que la loi : C'est là le résultat de l'inamovibilité : « Pour que l'institution soit bonne, c'est assez qu'elle produise son effet sur une âme honnête ; il n'est pas nécessaire qu'elle détruise jusqu'à la possibilité du mal » (1).

1. Hello, *Revue de Législation et de Jurisprudence*, 1848, p. 26 et 27.

Ces critiques, qui tendent à montrer l'inutilité de l'inamovibilité, sont ainsi facilement réfutables ; elles portent cependant en elles un danger. Il reste toujours quelque chose d'un argument, même réfuté : un certain trouble dans l'esprit. De prétendre l'inutilité de l'inamovibilité, il n'y a pas loin à demander sa disparition. Et cette disparition, lorsque l'on considère les rapports de subordination qui unissent déjà trop étroitement le Pouvoir judiciaire aux autres Pouvoirs, apparaît comme la ruine du Pouvoir judiciaire lui-même ; l'on renverse le seul obstacle qui s'opposait à la dépendance du Pouvoir judiciaire, à son absorption par les autres Pouvoirs. C'est la Séparation des Pouvoirs qui croule ; ce n'est qu'un principe, dira-t-on, mais avec ce principe, c'est la meilleure sauvegarde des droits de l'individu qui disparaît.

L'expérience historique vient à l'appui de cette affirmation ; l'on ne peut se passer longtemps de l'inamovibilité ; elle, supprimée, les inconvénients apparaissent nombreux, et celle-ci ne tarde pas à renaître, de la nécessité même de la vie.

La Révolution tenta l'expérience : dès le 3 mai 1790, elle déclara les juges amovibles ; elle agissait ainsi, poussée par un désir de réaction contre la vénalité des offices qui avait été la règle sous l'ancien régime. Puis, l'on croyait que le résultat des principes nouveaux de droit public, mis en vigueur,

serait de faire disparaître le besoin de l'inaltérabilité. Cette institution que nous concevons comme rétablissant l'équilibre des Pouvoirs rompu au détriment du Judiciaire, n'avait plus de raison d'être, pensait-on, à une époque où la Séparation des Pouvoirs était poussée jusqu'à ses conséquences les plus lointaines et où la Souveraineté nationale, la Volonté populaire donnaient naissance au Judiciaire lui-même, en le soustrayant ainsi à la dépendance de l'Exécutif.

Cependant quelque favorables qu'aient été alors les conditions de réussite, les inconvénients de l'altérabilité ne tardèrent pas à apparaître; une réaction se produisit et la Constitution du 22 frimaire an VIII, dans son article 68, adopta de nouveau la caractéristique traditionnelle de l'organisation judiciaire en France. Cet article disait : « Les juges, autres que les juges de paix, conservent leur fonction toute leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour crime de forfaiture... »

L'absolutisme de Napoléon devait bientôt tout remettre en question : un sénatus-consulte du 12 octobre 1807 supprima l'article 68 de la Constitution du 22 frimaire an VIII ; l'inaltérabilité cessait d'être la règle, pour devenir une rare faveur.

L'article premier de ce sénatus-consulte disait : « Les provisions qui instituent les juges à vie ne seront délivrées qu'après cinq ans d'exercice de leurs

fonctions, si, à l'expiration de ce délai, Sa Majesté reconnaît qu'ils méritent d'être maintenus dans leurs places. »

La Charte de 1814 semblait revenir à l'inamovibilité ; mais elle se servait à dessein d'une formule obscure et ambiguë, qui ne laissait rien moins que sous-entendre la possibilité de révocation des magistrats nommés avant le retour de Louis XVIII : « Les juges nommés par le Roi sont inamovibles » disait-elle ; et l'on pouvait facilement en déduire : « mais seulement ceux-ci ».

Puis, les gouvernements successifs, qui eurent tour à tour la direction de la France au cours du xix^e siècle, usèrent les uns et les autres d'une pratique qui violait le principe de l'inamovibilité ; ils obligèrent les magistrats à un serment de fidélité au nouveau régime, et remplacèrent ceux qui refusèrent. Plus près de nous, la loi du 30 août 1883, dans ses articles 11 et 12, porta une grave atteinte au principe de l'inamovibilité. Celle-ci fut suspendue pendant une année, et plusieurs centaines de magistrats furent ainsi éliminés.

Ce qui frappe, lorsque l'on considère ce bref exposé historique, c'est la durée relativement très courte des périodes où l'inamovibilité est demeurée suspendue. A peine avait-elle disparu, que les inconvénients mêmes de sa disparition rendaient nécessaire son retour. C'est que, sans elle, le Pouvoir

judiciaire cessait d'être vraiment lui-même. Le plus sûr et le plus précieux organe d'une société bien organisée disparaissait ainsi, et le besoin de redonner à celui-ci son rôle de Pouvoir modérateur et autonome ne tardait pas à se faire sentir.

Cette lutte, pour ou contre l'inamovibilité, nous apparaît alors comme le retour offensif des deux autres Pouvoirs de l'Etat — le Législatif et l'Exécutif — non satisfaits des rapports de prédominance qui caractérisent leurs rapports avec le Judiciaire, et voulant placer celui-ci plus complètement encore, sous leur dépendance.

Mais, victoire courte, comme toutes celles qui heurtent les principes de la liberté, et vont à l'encontre du progrès de l'organisation sociale : chaque fois, l'inamovibilité ne manqua pas de reparaître, car, d'autant plus nécessaire que déjà l'emprise des autres Pouvoirs s'exerce plus forte que le Judiciaire, c'est elle qui permet à celui-ci de supporter cette dépendance, tout en restant un Pouvoir autonome c'est elle qui fait subsister la Séparation des pouvoirs, c'est elle qui crée, pour l'individu, un organe dont il ne saurait se passer, et qui, avec impartialité, fera triompher ses droits les plus sacrés,

Ainsi, toujours l'on en revint à l'inamovibilité :
« Si l'expérience des siècles n'est pas un vain mot, il n'est pas un seul principe auquel le sentiment des générations qui se sont succédées sur cette terre,

les jurisconsultes et les penseurs les plus éminents, aient donné une adhésion plus unanime et plus formelle... Les magistrats, gardiens des lois, ne peuvent les appliquer et les faire respecter, qu'à condition d'être placés, par ces lois elles-mêmes, au-dessus des vicissitudes de la politique, de n'avoir rien à craindre du Pouvoir, rien à attendre de la faveur populaire... Les garanties qui couvrent le juge couvrent aussi le justiciable (1). »

L'expérience historique, tout comme le raisonnement, font donc, l'un et l'autre, apparaître la nécessité de l'inamovibilité. C'est grâce à elle que nous pouvons, après une étude où nous avons examiné le Pouvoir judiciaire dans ses rapports de dépendance avec les autres Pouvoirs, conclure qu'il est, malgré ces rapports, un pouvoir distinct. L'inamovibilité est le couronnement de l'édifice judiciaire ; c'est elle qui lui donne sa véritable caractéristique ; sans elle, il changerait de nature.

Aussi, doit-elle être conservée, malgré les critiques dont elle fut souvent l'objet ; critiques venant d'hommes bien différents : que ce soient les républicains radicaux de 1883, qui faisaient voter le 11 juin de cette même année, l'amendement non réalisé dans

1. Ch. Louandre, *les Origines de la Magistrature française* (*Revue des Deux Mondes*), 15 juillet 1879, p. 451.

la suite : « L'inamovibilité est supprimée ; les juges sont élus » ; ou que ce soit le philosophe traditionaliste, de Bonald, qui disait : « L'inamovibilité assure une longue et scandaleuse impunité aux mauvais juges ».

Critiques qui ne s'expliquent que par une vue d'un côté de la question, au lieu de la considérer dans son ensemble.

Objecter que l'inamovibilité laisse la société désarmée, en présence de mauvais juges, c'est ne pas réfléchir que la société a un moyen facile de veiller à ce que l'importante fonction qu'est la Justice, ne soit confiée qu'à des mains dignes ; l'Exécutif nomme aux fonctions judiciaires ; si de mauvais choix sont faits, la cause n'en est pas à l'inamovibilité, mais à l'Exécutif, aux conditions insuffisantes de moralité ou de science, dont il a fait précéder l'entrée dans la Magistrature. Que l'inamovibilité ne soit donnée qu'à ceux qui se seront montrés dignes de ce privilège, par leur science juridique et leurs qualités d'âme, et les inconvénients dont on voit à tort la cause dans l'inamovibilité, disparaîtront. C'est à ce moment que le gouvernement a un rôle légitime et nécessaire à remplir ; son choix doit être entouré de toutes les garanties de nature à l'assurer, le meilleur.

D'ailleurs, même avec l'inamovibilité, la société n'est pas désarmée lorsqu'elle se trouve en présence de juges foncièrement mauvais ; des règles existent

qui permettent à la Cour de cassation, érigée en Conseil supérieur de la Magistrature, de révoquer, dans des cas graves, le magistrat coupable.

Mais, quittant ces arguments, l'on critique l'ina-movibilité, au point de vue des institutions républicaines. Elle serait utile, nécessaire même, dans un pays de Monarchie absolue ; là elle constituera le seul frein en présence de la toute-puissance du Roi, et sera peut-être ainsi le mur derrière lequel s'élè-veront des libertés individuelles rares et précieuses ; dans cette forme de gouvernement, le juge aura besoin, d'ailleurs, d'être protégé contre l'arbitraire du Monarque. L'ina-movibilité apparaît ainsi comme génératrice de deux ordres d'avantages : d'un côté, avantage pour la société, et de l'autre, avantage pour le juge lui-même. Et l'on s'accorde à reconnaître que, grâce à l'ina-movibilité, nos anciens Parlements purent remplir un rôle utile, et former, en un temps où toute représentation nationale faisait défaut, un contre-poids effectif au Pouvoir de l'Exécutif.

Mais, l'ina-movibilité n'aura plus de raison d'être dans un pays libre, puisque ces avantages qu'elle faisait naître, seront assurés par d'autres moyens. Le peuple n'a plus à craindre l'absolutisme, là où il est le maître, et justement parce qu'il est le maître, il doit disposer de tous les Pouvoirs.

L'ina-movibilité qui soustrait les représentants

d'un Pouvoir de l'Etat au contrôle du peuple, est contraire au principe de la Souveraineté nationale. L'on s'appuie sur la nécessité de l'indépendance du Pouvoir judiciaire, pour refuser au peuple ou à ses représentants le droit de révocation des magistrats, mais alors, ne pourrait-on pas justifier ainsi, tout aussi bien, la nomination à vie des membres du Pouvoir législatif, en prouvant, avec facilité, l'utilité de l'indépendance de ce Pouvoir vis-à-vis des électeurs, souvent égarés par des intérêts d'un particularisme trop étroit.

Telle est l'objection ultime faite à l'inamovibilité. Pour lui répondre, il suffit de montrer que le principe de la Souveraineté nationale, poussé à ses dernières conséquences, est un leurre : le peuple d'où émane, en théorie, tout pouvoir, est obligé, en pratique, de faire confiance à des représentants, membres du Législatif et de l'Exécutif, qu'il nomme pour un temps déterminé, pendant lequel il aliène à leur profit sa Souveraineté. Que celle-ci soit aliénée pendant quatre ans, ou pendant un temps indéterminé, variable avec la durée des fonctions judiciaires, il n'y a pas là une différence de nature, mais seulement une différence de degrés ; nommé directement par le peuple, le Législatif fait naître à son tour l'Exécutif, lequel nomme le Judiciaire ; l'origine de ce Pouvoir est toujours dans le peuple et le principe de la Souveraineté nationale est ainsi sauvegardé.

D'ailleurs, ne pourrait-on pas soutenir que la Souveraineté nationale n'oblige pas à l'intervention, même indirecte, du peuple, dans la formation du Pouvoir judiciaire. Le rôle de ce Pouvoir ne commence que lorsque le peuple s'est prononcé, par la voix de ses représentants, voix créatrice de la loi. La loi créée, le rôle du peuple est terminé. Une autre mission s'ouvre alors, celle de veiller à ce que la décision du peuple soit respectée, c'est-à-dire à ce que la loi soit appliquée, mission sans initiative et rôle d'obéissance ; mission qui doit être douée de la stabilité et de l'immobilité même de la loi, afin que celle-ci se trouve ainsi mieux garantie.

Se bornant à appliquer la loi, les membres du Pouvoir judiciaire, qu'ils soient nommés par le Peuple ou qu'ils restent indépendants de lui, seront cependant, dans l'un et l'autre cas, soumis à la Souveraineté nationale, puisque leur mission sera de faire respecter la Loi, expression suprême de cette Souveraineté.

D'ailleurs, c'est raisonner un peu vite, que de poser en principe, que du fait même que l'on est en démocratie, l'indépendance du Pouvoir judiciaire n'a plus de raison d'être assurée par l'inamovibilité, le Peuple, maître de ses destinées, n'ayant plus besoin d'être protégé contre l'absolutisme, par un Pouvoir judiciaire fort et indépendant.

Il est vrai que certaines formes de gouvernement

rendent l'absolutisme plus rare ; mais avec plus ou moins d'acuité, il reste cependant toujours possible : la République ne supprime pas radicalement les empiétements des Pouvoirs l'un sur l'autre ; le Pouvoir judiciaire n'aura plus à craindre alors l'intervention toute-puissante d'un Monarque, mais il pourra être influencé par les deux autres Pouvoirs, par le Législatif et par l'Exécutif, par le Parlement et le Gouvernement ; et comme, malgré le progrès que marquent, au point de vue de la liberté, nos institutions actuelles sur certaines institutions du passé, elles ne sont pas encore arrivées à un degré de perfection qui rendrait impossible toute oppression d'une minorité par une majorité, il résulte de cette constatation, qu'en République comme en Monarchie, l'inamovibilité est un privilège nécessaire au Pouvoir judiciaire, privilège où il trouvera les garanties indispensables à la bonne marche de la Justice.

L'inamovibilité apparaît donc comme la véritable caractéristique du Pouvoir judiciaire ; cette prérogative lui fait reprendre sa place de Pouvoir indépendant, que ses rapports trop étroits avec les autres Pouvoirs semblaient lui avoir fait perdre ; sans elle, le Pouvoir judiciaire cesserait d'être autonome, pour n'être plus qu'une dépendance de l'Exécutif, dans le cas de la nomination par le gouvernement, ou le jouet des caprices divers de la foule, dans le cas où il serait issu de l'élection.

Avec l'inamovibilité au contraire, l'élection elle-même, qui nous a semblé le mode de recrutement le plus imparfait, peut donner des résultats satisfaisants ; c'est ainsi que les Etats-Unis combinent le système de l'Election des Juges, avec celui de leur inamovibilité ; alors en effet, que les juges des Cours fédérales sont nommés par l'Exécutif, les juges des justices particulières de chaque Etat, sont presque tous issus de l'élection qui se combine avec l'inamovibilité ; cependant depuis peu d'années, une procédure nouvelle, le « recall », est venu permettre, dans certains cas particuliers, la révocation, avant l'expiration de leur mandat, des magistrats élus ; cette question a donné lieu à des débats passionnés qui ont eu leur écho aux dernières élections présidentielles : M. Wilson était ennemi du « recall », alors que M. Roosevelt en était partisan.

Grâce à l'inamovibilité la nomination des magistrats par le Pouvoir exécutif, voit de cette manière ses imperfections compensées. C'est qu'en effet, la qualité première du Pouvoir judiciaire, est l'indépendance, véritable besoin des individus et de la société. Cette indépendance n'existerait pas sans l'inamovibilité : celle-ci ne naît que pour réaliser celle-là.

Lorsqu'on étudie la naissance de l'inamovibilité en Angleterre, cela apparaît clairement, beaucoup plus clairement qu'en France, où cette institution

sortit surtout des difficultés financières qui poussèrent les rois à établir la vénalité des offices.

En Angleterre, George III rendit un statut, où il proclamait très nettement l'inamovibilité, comme une nécessité, et où il montrait cette relation étroite qu'il y a entre indépendance et inamovibilité ; il déclarait que, « regardant l'indépendance et l'intégrité du juge comme étant une des meilleures garanties des droits et des libertés de ses sujets, et comme important beaucoup à l'honneur de sa couronne, il établissait la permanence des fonctions judiciaires. »

Le résultat cherché se manifesta ; les magistrats anglais eurent une indépendance telle, que M. Watron Parker pouvait dire dans un discours le 4 juin 1887, cité par de Franqueville, (sur l'organisation judiciaire en Angleterre) : « Il n'est pas un être humain, dont le sourire ou le froncement de sourcils ; pas de gouvernement, qu'il soit conservateur ou libéral, dont la faveur ou la défaveur puisse faire battre le poulx d'un juge anglais, sur son siège, ou faire pencher d'un cheveu, le constant équilibre de la balance de la Justice ».

Ce qu'avait réalisé George III en Angleterre, Royer-Collard, dans son discours sur l'inamovibilité, à la session de 1815-1816, en montrait la nécessité, pour la France.

Faisant parler tour à tour, le juge et le Pouvoir, dans le style large et imagé qui convient au discours,

l'orateur nous faisait assister à la naissance de cette institution précieuse qu'est l'inaébranlabilité : « Il n'y a pas de ministère aussi important que celui du juge, disait-il. Lorsque le Pouvoir, chargé d'instituer le juge, au nom de la société, appelle un citoyen à cette éminente fonction, il lui dit : « Organe de la loi soyez impassible comme elle. Toutes les passions frémissent autour de vous ; qu'elles ne troublent jamais votre âme. Si mes propres erreurs, si les influences qui m'assiègent et dont il m'est si malaisé de me garantir entièrement, m'arrachent des commandements injustes, désobéissez à ces commandements, résistez à mes séductions, résistez à mes menaces. Quand vous monterez au tribunal, qu'au fond de votre cœur il ne reste ni une crainte, ni une espérance ; soyez impassible comme la loi ». Le citoyen répond : « Je ne suis qu'un homme, et ce que vous me demandez est au-dessus de l'humanité. Vous êtes trop fort et je suis trop faible ; je succomberai dans cette lutte inégale. Vous méconnaissez les motifs de la résistance que vous me prescrivez aujourd'hui et vous la punirez. Je ne puis m'élever toujours au-dessus de moi-même, si vous ne me protégez à la fois contre moi et contre vous ; affranchissez-moi de la crainte et de l'espérance ; promettez-moi que je ne descendrai point au tribunal, à moins que je ne sois convaincu d'avoir trahi les devoirs que vous m'imposez ». Le Pouvoir hésite ; c'est la

nature du Pouvoir de se dessaisir lentement de sa volonté. Eclairé enfin par l'expérience, sur ses véritables intérêts, subjugué par la force, toujours croissante des choses, il dit au juge : « Vous serez inamovible ».

Ainsi naît l'inamovibilité, du besoin d'une vie de société bien équilibrée ; en même temps qu'elle paraît, le Pouvoir judiciaire s'affirme. Pouvoir autonome et séparé, à tel point que ce n'est qu'au prix d'une contradiction, que les partisans des deux Pouvoirs, peuvent accorder ensemble l'inamovibilité et le Pouvoir judiciaire, branche de l'Exécutif. C'est du moins ce que remarque M. Esmein (1) : « Il faut le reconnaître, pour ceux qui font rentrer l'Autorité judiciaire, dans le Pouvoir exécutif, l'inamovibilité des juges est une inconséquence partielle ».

Pourquoi ne pas admettre alors que le Pouvoir judiciaire est vraiment un Pouvoir séparé, qu'il faut le distinguer radicalement de l'Exécutif, car suivant l'expression de M. Larnaude (2) : « L'idéal de la politique et celui de la justice sont totalement différents ».

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 312.

2. Larnaude, Communication faite au Congrès constitutionnel de Saint-Louis, sur *la Séparation du Pouvoir et la Justice, en France et aux Etats-Unis*.

II. — Le rôle du Pouvoir Judiciaire dans l'évolution du Droit affirme encore son caractère de Pouvoir Autonome.

Comme terme de cette étude, dans laquelle nous nous sommes efforcé de montrer la structure intime du Pouvoir judiciaire en France, — la dégageant, grâce à l'examen des principaux rapports qui unissent le Pouvoir judiciaire avec l'Exécutif et le Législatif, — il nous semble utile, laissant maintenant de côté la partie théorique, de jeter un coup d'œil sur la manière dont ce Pouvoir se comporte dans la réalité. Alors, à son tour, il semble prendre parfois une revanche de sa subordination vis-à-vis des autres Pouvoirs, et il apparait, dépassant ses attributions naturelles, celles du moins qui résultent de la lettre plutôt que de l'esprit de notre Droit public.

Le rôle actuel du Pouvoir judiciaire n'est pas en effet aussi délimité qu'il ressort de la partie théorique de cette étude ; ce rôle s'est fixé dans une situation intermédiaire entre la conception, fertile en empiétements de nos anciens Parlements, et celle, toute opposée, d'une absolue séparation des Pouvoirs, comme l'entendaient les philosophes du XVIII^e siècle.

Sous l'ancien régime, le Pouvoir judiciaire par le

fait qu'il était, en présence de la toute-puissance du Roi, le seul pouvoir organisé, s'était attribué un rôle législatif ; il ne se contentait pas d'appliquer les ordonnances, il donnait, grâce à la pratique des arrêts de règlement, naissance à de véritables lois. C'était un abus, qui ne trouvait son excuse que dans l'absence d'un Pouvoir législatif, véritablement constitué ; cette pratique aboutissait à l'arbitraire, plus ou moins équitable et plus ou moins intelligent du juge, qui était ainsi le créateur d'un droit incertain et changeant. Ce furent les inconvénients de ce système, qui firent naître dans l'esprit des réformateurs du XVIII^e siècle, la conception toute opposée qu'ils défendirent.

Ils adoptèrent la définition pittoresque de Montesquieu, pour lequel le juge ne devait être que « la bouche qui prononce les paroles de la loi, sans essayer d'en modifier la force ni la rigueur » ; le juge devait être « un être inanimé. »

Entre ces deux conceptions extrêmes, le Pouvoir judiciaire s'est fixé dans un rôle intermédiaire : d'un côté, la complète Séparation des Pouvoirs est irréalisable ; de l'autre, les arrêts de règlements violeraient le principe de la Souveraineté nationale, et n'auraient pas de raison d'être en même temps qu'un Pouvoir législatif bien constitué.

Aussi, dans un juste milieu entre ces deux extrêmes, les exigences de la réalité et de la vie de société, à

notre époque, ont fixé au Pouvoir judiciaire, un rôle nouveau et important.

Le juge est devenu « l'âme du progrès juridique, et l'artisan laborieux, du droit nouveau contre les formules vieilles du droit traditionnel » (1). Cette participation du juge au rajeunissement du droit est à quelque degré, un phénomène constant, on pourrait dire une loi naturelle de l'évolution juridique : née de la jurisprudence, le droit vit par la jurisprudence, et c'est par la jurisprudence que l'on voit souvent le droit évoluer sous une législation immobile. Très souvent, les transformations de nos lois ont été déterminées par une suite concordante de décisions judiciaires : celles-ci ont rempli le rôle d'éclaireurs de la loi ; les juges ont été les fourriers du Pouvoir législatif ; ils ont préparé le terrain que la Loi n'eut plus ensuite qu'à occuper.

Ce rôle important est d'ailleurs imposé, pour ainsi dire, par les conditions de la vie actuelle. Cette transformation du droit sous l'action du Pouvoir judiciaire, est une conséquence de la transformation elle-même de la matière du droit.

« On ne peut, à chaque instant, faire intervenir, pour suivre le fait dans ses multiples transformations, la lourde machine législative. Force est donc à la jurisprudence... de créer, pour les besoins nou-

1. Cruet, *la Vie du droit*, p. 22 et 23.

veaux qui ne peuvent pas attendre, l'instrument qui peut leur donner satisfaction. Le principe de la Séparation des Pouvoirs, qui est avant tout une règle politique, n'empêchera jamais le juge de participer dans une certaine mesure à la législation. Ce serait un progrès à rebours que de prétendre l'en empêcher rigoureusement (1). »

Cette action n'étonnera plus, lorsqu'on aura considéré, d'une part, la complexité de plus en plus grande des lois, par suite du développement de la vie sociale et de l'éclosion d'idées nouvelles, et d'autre part, la connaissance des besoins sociaux que donne presque automatiquement au juge, l'exercice de la fonction judiciaire.

C'est ainsi qu'avant que la loi ne protégât d'une façon suffisante ces faibles que furent la femme, l'enfant et l'ouvrier, laissés souvent en proie à des souffrances imméritées, livrés à la toute-puissance du mari, des parents ou du patron, le juge avait trouvé le moyen d'intervenir, grâce à d'habiles théories jurisprudentielles.

La loi compléta cette œuvre commencée, lui donnant une autorité définitive, défendant l'enfant contre les mauvais traitements ou l'immoralité des parents ; l'ouvrier, contre les conditions défavorables, nées du machinisme et de la grande industrie ; sauvegar-

1. Larnaude, *le Code civil et la nécessité de sa révision*, p. 16.

dant les droits de la femme, nées des nouvelles conditions de la vie économique.

Mais la loi n'avait pu être attendue sans grands dommages, au milieu de ces transformations de la vie sociale, que grâce au Pouvoir judiciaire.

Un autre cas peut se présenter : ce n'est plus celui de la société réclamant que des besoins nouveaux soient sanctionnés par une loi nouvelle, mais au contraire, qu'une loi déjà existante, mais vieille, démodée ou imparfaite, paralysant l'évolution sociale, et gênant des transformations nécessaires, soit modifiée.

Dans cette situation encore, le Pouvoir judiciaire intervient, mais son rôle est plus discret et plus difficile. La loi est, en effet, de sa nature, absolue, obligatoire pour tous, et ne doit trouver dans le magistrat, comme on l'a souvent répété, qu'un prêtre fidèle. Si elle n'existait pas, le juge pourrait y suppléer, par des théories jurisprudentielles ; mais, existant, elle doit être fidèlement appliquée.

C'est alors que le Pouvoir judiciaire agit d'une façon détournée, par avertissements, conseils, demande de réforme, adressés au Législatif ; menant ainsi une œuvre parallèle à celle de la doctrine.

Des exemples nombreux nous viennent à l'esprit, de cette action indirecte exercée par le Pouvoir judiciaire sur le Législatif, du fait que l'exercice de la fonction judiciaire donne à celui qui en est investi, une connaissance qui peut manquer aux membres

du Pouvoir législatif, des besoins sociaux et des lacunes qu'il faut combler. Nous citerons le plus récent : la loi du 24 juillet 1889, sur la déchéance de la puissance paternelle, ne permet au juge qu'une application absolue de la peine ; la déchéance prononcée s'appliquera à tous les enfants du père ou de la mère indigne, nés ou à naître. De plus, elle s'étendra à tous les droits de la puissance paternelle énumérés dans le Code civil. Cette loi est une illustration du système du « tout ou rien », et s'est justifiée par des raisonnements abstraits, tels que celui-ci, développé dans les rapports préparatoires : « L'on ne peut être père à moitié ou aux trois quarts » ; donc déchéance absolue.

Mais la pratique ne tarda pas à révéler aux membres du Pouvoir judiciaire, chargés de l'application, que la réalité n'était pas si simple. Tel père ou telle mère, qui maltraite un enfant, entourera parfois les autres de toute son affection retrouvée ; un petit martyr, ne le sera parfois, que parce qu'il rappelle à la mère de pénibles souvenirs ou qu'il fait naître dans l'esprit du père, des doutes sur sa paternité.

Bien souvent, priver les parents coupables du simple droit de garde, serait suffisant, sans qu'il soit besoin de prononcer la déchéance de la puissance paternelle. Mais des mesures si simples et qui répondraient si bien à la diversité des espèces familiales, sont interdites par la loi.

Le résultat est que souvent, le tribunal ne pouvant prononcer qu'une peine qu'il estime trop lourde, préfère s'abstenir de condamner les parents, cependant coupables.

Instruit par l'expérience qui lui a donné ses fonctions judiciaires, M. le substitut Laronze, dans un ouvrage récent (1), demande au Pouvoir législatif d'apporter ces modifications nécessaires à la loi de 1889 ; et nul doute, tant son exposé est clair et ses arguments bien dirigés, qu'une nouvelle loi, modificatrice de celle du 24 juillet 1889, ne soit bientôt votée.

Cette influence du Pouvoir judiciaire découle des obligations que la loi elle-même lui a tracées. L'article 4 du Code civil fait au juge un devoir de juger, sous peine d'être poursuivi comme coupable de déni de justice ; elle précise qu'il ne pourra s'en dispenser « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ».

C'est ce que Proudhon résumait, lorsqu'il disait dans une paraphrase de l'article 4 : « Il est défendu de calomnier la loi ». Mais, si le juge ne peut « calomnier la loi », s'il lui est ordonné de toujours juger, il sera fatalement amené dans certains cas, à solliciter les textes, car parfois les espèces au sujet

1. Laronze, substitut près du Tribunal pour enfants. Comité de Défense des enfants traduits en justice. Rapport, 1917.

desquelles il devra formuler un jugement, n'auront pas été prévues par le législateur. Nécessité qui contredit peut-être la règle de Montesquieu (1). « Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi ». Mais une fois encore, la réalité et les besoins de la pratique l'ont emporté sur la théorie et les principes abstraits, et ils ont pour ainsi dire imposé au Pouvoir judiciaire, d'être parfois une sorte de législateur de fait.

Rôle nullement occulte d'ailleurs, puisqu'il était avoué avec une précision remarquable, par le Président de la Cour de cassation, lorsque voici peu d'années fut célébré le Centenaire du Code civil. Dans un discours remarqué, il s'exprimait ainsi : « le juge ne doit pas s'attacher obstinément à rechercher quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code... il doit se demander ce qu'elle serait, si le même article était aujourd'hui rédigé. »

Rôle également reconnu par la Doctrine : les paroles précédentes de M. le président Ballot-Beaupré, trouvent leur confirmation dans celles du Doyen de la Faculté de Droit de Paris : « On peut dire que la jurisprudence, par son lent et incessant travail, a fait, dans beaucoup de matières, des textes du Code civil, un véritable trompe l'œil. Celui qui croirait

1. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. VI.

connaître les règles de notre législation sur la paternité naturelle, sur le régime de la dot mobilière, pour ne citer que des exemples bien connus, par la lecture des dispositions qui s'y rapportent, se tromperait étrangement... Les tribunaux modifient incessamment le Code ; ils ajoutent ou enlèvent, à chaque minute, quelque pierre au vieux monument, et leur glaise devient tellement multiple et enchevêtrée, qu'elle constitue un véritable dédale où le profane s'égarerait dès les premiers pas (1). »

C'est marquer, d'une façon nette, le rôle du Pouvoir judiciaire, dans la transformation du droit : de même que l'artiste, son modèle esquissé, conforme peu à peu sa glaise, au corps souple qu'il veut reproduire ; ainsi le juge, par légères adaptations successives, transforme la glaise massive et sans détails des lois, l'adapte et finit par en faire l'image véritable de la société.

De la sorte, il veillera à ce que l'harmonie de celle-ci et des lois, soit toujours parfaite ; pour cela il adaptera plus ou moins les lois, suivant l'évolution sociale ; il pourra même aller jusqu'à les modifier complètement, ce qui justifiera cette boutade d'un célèbre arrétiste, M. Armand Dalloz : « Si l'on ne jette au feu, avant cinquante ans, tous nos recueils,

1. Larnaude, *le Code civil et la nécessité de sa révision*, p. 13.

le Code Napoléon aura péri sous leur masse » (1). Et cela, quoique peu en accord avec les principes abstraits d'une exacte Séparation des Pouvoirs, peut-il étonner ? Il n'est possible de concevoir une loi indéformable que dans une société immobile ; mais lorsque tout change au contraire, quand les aspirations, les idéaux et les besoins évoluent ; quand les hommes et les choses se transforment, et qu'à la place du législateur et du juge primitif, des hommes nouveaux se sont établis, la raison considère comme une impossibilité d'admettre qu'au milieu de ce mouvement, un texte ancien puisse rester rigide et introduire un esprit ancien dans une société nouvelle. Le contraire est logique et la Jurisprudence, qui conduit à ce résultat heureux de faire oublier le sens historique d'une loi, pour lui reconnaître un sens nouveau et évolutif, apparaît alors comme une libératrice.

Cette action sans trêve ni repos de la Jurisprudence a été décrite avec verve par M. Girard en 1897, dans son Rapport sur les concours de la Faculté de Droit de Paris : « l'Histoire ne s'arrête jamais, écrit-il. Aussitôt, qu'une de ses périodes se termine, il s'en ouvre une autre. Ce n'est point moins vrai pour les Codes que pour les individus. Dès que des textes nouveaux sont promulgués par le législateur..... la

1. Cité par M. Larnaude, *le Code civil et la nécessité de sa révision*, p. 13.

Jurisprudence qui doit les appliquer..... commence sur eux son travail, commence à les manier, à les retourner, à les heurter les uns contre les autres pour en mesurer le poids et la résistance..... C'est l'œuvre à la fois la plus attrayante et la plus difficile du jurisconsulte, que de chercher au bout d'un certain temps, comment les textes se sont comportés sous cet effort, quelles sont les parties de la loi qui ont fléchi et celles qui ont mieux tenu, de rapprocher la pensée première du législateur et les effets produits, le droit qu'il a voulu faire et celui qu'il a fait. » (1)

Ce rôle, les besoins de la société l'ont bien plutôt imposé au Pouvoir judiciaire qu'il ne se l'est approprié lui-même ; il apparaîtra cependant à certains comme une violation manifeste de la Séparation des Pouvoirs et un dangereux acheminement vers les pratiques que l'on croyait mortes, de nos anciens Parlements.

Mais, c'est là une crainte peu fondée ; « les arrêts de règlement » sont bien morts. Le Pouvoir judiciaire, a-t-on dit justement, possède un rôle inerte par lui-même. Même dans le cas que nous examinons, où il semble montrer de l'initiative, celle-ci ne vient pas de lui-même mais du Législatif. C'est dans la loi elle-même que le Pouvoir judiciaire trouve des armes,

1. Cité par M. Larnaude, *op. c.*

pour faire évoluer la loi : « Il est dans toute codification moderne, un si grand nombre de prescriptions diverses par leur origine, leur inspiration et leur but, qu'il est relativement facile de trouver parmi elles le « passeport » d'une innovation juridique. « L'incohérence des lois fait, pour une bonne part, la liberté du juge » (1).

D'ailleurs le Législatif a une fonction trop vaste, pour pouvoir la remplir tout entière ; pour qu'il accomplisse complètement sa mission théorique, il faudrait que les lois soient toujours d'une clarté ne laissant subsister aucune ombre, qu'aucune imprécision n'en vint cacher le sens ; il faudrait surtout prévoir la multitude des cas particuliers que seule la vie et l'expérience peuvent faire surgir du fond de l'indéterminé.

Ces conditions étant impossibles à remplir, le Pouvoir judiciaire est entré en action, pour jouer ce rôle auquel le Législatif n'était point apte. Le plus grand bien des individus en est résulté. Les exemples sont nombreux ; un surtout est remarquable. Au début du xix^e siècle, une nouvelle classe se forma, celle des ouvriers d'usine. Trop récente encore, au moment de la rédaction de notre Code civil, celui-ci l'ignora. Mais cependant, elle se développait avec rapidité sous l'action du machinisme et de la grande

1. Cruet, *la Vie du droit*, p. 58 et 59.

industrie. Or ces ouvriers étaient, sous beaucoup de rapports, dans une situation défavorable ; les nouvelles conditions de travail les exposaient à des dangers nouveaux. La protection de cette classe s'imposait avec de plus en plus de force. Mais comment assurer cette protection ; on ne pouvait songer à lui appliquer les règles du travail corporatif de l'Ancien Régime, si différent. C'est alors que le Pouvoir judiciaire intervint, et avant que la loi ait sanctionné de son autorité ses innovations, ce qui eut lieu dans la suite, il constitua de toutes pièces un véritable Code ouvrier ; une réelle réglementation du travail naquit de la jurisprudence, si bien que toutes les grandes lois actuelles qui protègent maintenant le monde ouvrier (loi sur les accidents de travail, loi sur l'insaisissabilité des petits salaires, loi sur l'indemnité due à raison de la résiliation brusque du contrat de travail), naquirent d'une foule d'arrêts de tribunaux, arrêts que la connaissance des besoins sociaux avait dictés au Pouvoir judiciaire, en l'absence de tout texte législatif.

Ce rôle du Pouvoir judiciaire, agissant en marge de la loi, nous apparaît donc comme fort important. En l'indiquant nous avons cru donner ainsi un complément nécessaire à notre étude ; après avoir examiné la dépendance du Pouvoir judiciaire vis-à-vis des autres Pouvoirs, il était naturel de montrer l'action importante que ce Pouvoir exerce en fait,

sinon en droit, sur la société, action dont l'intensité s'explique par la supériorité de ce qui est concret sur ce qui est abstrait ; l'interprétation judiciaire, c'est le concret ; la loi, c'est l'abstrait ; le juge, en contact journalier avec la vie, qui se présente à lui dans ses manifestations les plus variées, opère cette adaptation nécessaire de l'abstrait au concret, de la théorie à la pratique.

Mais là se borne le rôle du juge ; il n'est point législateur, car, s'il précise parfois la loi, il ne le fera jamais, par voie de dispositions, édictées pour l'avenir, par voie d'arrêts de règlements. En agissant de la sorte il détruirait toute la justification de son action et toute la supériorité de celle-ci sur l'action législative ; il perdrait ainsi la faculté d'adapter la loi, suivant les nécessités diverses de la société. Ce serait revenir à l'abstrait, alors que la meilleure loi est celle, assez large pour permettre une adaptation suffisante aux exigences des faits.

D'ailleurs l'obéissance à la loi, qui est une nécessité sociale, dont la méconnaissance ferait naître tous les maux de l'anarchie, s'impose avec plus de force au Membre du Pouvoir judiciaire, qu'à tout autre citoyen ; cette fidélité oblige particulièrement « ceux à qui la loi confie le soin de son exécution, qui reçoivent d'elle, la plus haute mission, celle de prononcer en son nom des décisions souveraines, de traduire ses préceptes en actes, de punir les infrac-

tions à ses commandements ». L'on ne peut que faire siennes ces paroles de l'avocat général Roujat. Ainsi que celui-ci le proposait naguère aux magistrats de la Cour de cassation (1), admirons Socrate refusant de fuir pour échapper à la mort injuste, comme le lui conseillait Criton, et buvant la ciguë, quoiqu'innocent, car, disait-il, une loi d'Athènes ordonne que tout jugement soit exécuté et il est du devoir d'un bon citoyen d'obéir aux lois de sa patrie.

Il ne faudrait donc point exagérer le sens de ces idées : ce rôle du Pouvoir judiciaire n'est, pour ainsi dire, que d'exception. La loi, expression de la Souveraineté nationale, conserve au-dessus de tout, sa force, et le juge doit en être toujours le vigilant gardien ; il doit être l'esclave de la loi. Mais pour qu'il soit fidèle à cette ligne de conduite nécessaire, la dépendance vis-à-vis de la loi doit être la seule. Toute autre dépendance serait un vice radical, dont la justice serait frappée, et avec elle, l'organisation sociale tout entière. C'est ce qu'avaient bien compris ces sages politiques américains, qui au début du xix^e siècle s'efforcèrent d'établir pour leur pays une Constitution digne d'une nation libre, et qui rédigèrent le *Fédéralist*, cet important recueil des plus sages maximes gouvernementales. L'un d'eux Story,

1. Discours de l'avocat général Roujat. Audience de rentrée de la Cour de cassation, 1883.

s'exprime ainsi : « Dans le gouvernement des hommes, il n'y a que deux Pouvoirs de contrôle : le Pouvoir des armes et le Pouvoir de la Loi. Si ce dernier n'est pas appuyé sur un Pouvoir judiciaire sans crainte et sans reproche, le premier doit prévaloir et conduire ainsi au triomphe des institutions militaires, sur les institutions civiles » (1). Le choix de tout homme raisonnable est fait. Entre l'arbitraire et la loi, la force et le droit, il faut choisir. Si ce n'est pas le glaive léger de la justice qui garde la société, celle-ci pliera sous l'épée brutale de la force.

1. Story, *Commentaires*, 1825, p. 164.

Vu le Doyen,
LARNAUDE

Vu : le Président de la thèse
LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
POINCARÉ

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	7
Importance du Pouvoir judiciaire dans la vie de Société. — Nécessité de son autonomie.....	7
CHAPITRE PREMIER. — Influence du Pouvoir exécutif sur le Pouvoir judiciaire. — La nomination des magistrats.....	29
CHAPITRE II. — Influence du Pouvoir exécutif sur le Pouvoir judiciaire (<i>suite</i>). — L'avancement des magistrats.....	61
CHAPITRE III. — Rapports du Pouvoir législatif et du Pouvoir judiciaire.....	83
CONCLUSIONS.....	119
I. L'inaltérabilité donne au Pouvoir judiciaire la caractéristique d'un Pouvoir séparé.....	119
II. — Le rôle du Pouvoir judiciaire dans l'évolu- tion du droit.....	139

